







GENESI E SVILUPPO
DEL
CODICE CIVILE
DEL REGNO D'ITALIA



GENESI E SVILUPPO
DEL
CODICE CIVILE

DEL REGNO D'ITALIA

DELL' AVVOCATO

VINCENZO CALCATERRA

Vice-Presidente del Tribunale Civile e Correzionale di Lucera



VOLUME III.

Modi di acquistare e trasmettere la proprietà
e gli altri diritti sulle cose

PARTE 1.^a

**Occupazione, successioni, donazioni, obbligazioni
e contratti in genere**

SALERNO

PREMIATO STABIL. TIPOGRAFICO MIGLIACCIO

1873



Proprietà letteraria dell'autore a norma delle leggi vigenti. Si considerano contraffatte le copie non munite della firma dell'autore.

LIBRO III.

DEI MODI DI ACQUISTARE E DI TRASMETTERE LA PROPRIETÀ E GLI ALTRI DIRITTI SULLE COSE

Disposizioni generali



1. Conosciuta la proprietà nella sua intrinseca natura e nelle sue modificazioni, è d'uopo conoscere i modi di acquistarla e di trasmetterla. La proprietà o ha per obbietto una cosa che ci appartiene in pieno ed esclusivo dominio, e dicesi genericamente **proprietà**, o ha per obbietto un diritto sopra una cosa che è nel dominio altrui e dicesi specialmente **diritto sulla cosa**: così il mio predio, la mia casa è mia proprietà; il mio usufrutto, la mia servitù, la mia ipoteca sul fondo altrui è un diritto sulla cosa. La teoria dei modi di acquisto e trasmissione della proprietà deve comprendere l'uno e l'altro obbietto, e quindi il terzo libro del codice che la svolge ha per epigrafe *dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*. Questa ricerca costituisce l'obbietto del terzo libro del codice civile.

I modi di acquistare la proprietà e gli altri diritti sulle cose sono :

1. L'occupazione ;
2. La successione ;
3. La donazione ;
4. La convenzione ;
5. La prescrizione.

Il terzo libro del codice svolge nel primo dei suoi ventotto titoli la teoria della occupazione — nel secondo si occupa della suc-

cessione — nel terzo delle donazioni — nel quarto delle convenzioni in genere; e poscia in altri diciassette titoli svolge le varie specie di convenzione, cioè il matrimonio — la vendita — la permuta — l' enfiteusi — la locazione — la società — il mandato — la transazione — la costituzione di rendita — il vitalizio — il giuoco e la scommessa — il comodato — il mutuo — il deposito e sequestro — il pegno — la anticresi — la fideiussione. Tutte siffatte specie di convenzioni sono le forme che assume la vita sociale, nel suo movimento diretto a conseguire o facilitare l'acquisto e l'applicazione dei mezzi necessari per l'esistenza e conservazione dell'individuo e delle famiglie.

Mercè di tali forme la proprietà mobiliare ed immobiliare diviene un fiume che scorre incessantemente nel campo della vita e dove ciascun cittadino attinge quanto è necessario per sè e per la sua famiglia, costituendo delle posizioni ch' esigono il rispetto altrui e la garentia pubblica, contro i fatti di coloro che usano la malizia o la frode per procurarsi un vantaggio in danno altrui.

La legge lascia al cittadino libero svolgimento della sua attività, e provvede a che ogni fatto legittimo sia garentito; che nella concorrenza e collisione dei diritti ciascuno prenda e sostenga il suo posto; che ogni diritto legalmente acquistato si abbia la sua attuazione, anche malgrado di colui che rilutta dalla volontaria esecuzione dei suoi doveri.

È naturale che ogni fatto che domanda la garentia pubblica sia legittimo e pubblico, vale a dire che, costituito secondo la legge, si mostri in tutta la pienezza del suo essere nella vita sociale perchè sia noto a tutti coloro che debbono rispettarlo — La legittimità del fatto va costituita dall' adempimento delle condizioni che la legge prescrive per la sua esistenza giuridica, e nel titolo generale delle convenzioni, e nei titoli speciali a ciascun contratto. La pubblicità va costituita a sua volta dall' adempimento di talune formalità che la legge prescrive nel titolo ventiduesimo specialmente dedicato alla trascrizione.

Il posto stabilito per ciascun diritto concorrente va regolato nel titolo dei privilegi ed ipoteche, ed in quello della separazione dei patrimoni ventitreesimo e ventiquattresimo del libro terzo. Il venti-

cinquesimo titolo, con l' epigrafe della pubblicità dei registri e responsabilità dei conservatori è un titolo complementare del sistema di pubblicità e legittimità dei fatti giuridici e della preferenza dovuta al diritto nei casi di concorrenza e collisione con altri.

Due titoli poi son destinati alla esecuzione forzata delle obbligazioni tanto sui beni che sulla persona del debitore, e sono il ventesimo sesto e settimo.

L' ultimo titolo, cioè il ventottesimo, tratta della prescrizione che al tempo istesso è modo di acquistare la proprietà, o garanzia dei diritti acquisiti, e per sua natura s' insinua in tutte le forme del movimento sociale, e nel sistema di pubblicità, e nel regime ipotecario e nella esecuzione forzata delle obbligazioni, insomma è l' atmosfera che avvolge tutta la vita giuridica, or dissolvendo, or creando diritti con la forza inesorabile del tempo.

Vastissima è la materia del terzo libro come è dato a ciascuno di scorgere. Una accurata analisi di ciascun titolo porterà la luce e la chiarezza delle teorie che si svolgeranno man mano, per coordinarsi poi nella sintesi dei modi di acquistare e trasmettere la proprietà.

Si è detto che la proprietà astrattamente considerata è il risultato complesso di due momenti la **volontà** e la **potenzialità** di occupare e godere una cosa, esclusivamente da ogni altro (n. 2. v. II) In concreto la proprietà è il risultato della volontà di occupare e dell' occupazione compiuta. Senza occupazione non vi è proprietà, dunque l' unico modo di acquistare la proprietà è l' **occupazione**.

La proprietà acquistata si trasmette altrui per successione, per donazione, per convenzione. Per tali modi uno trasmette, un' altro acquista; dunque la successione, la donazione, le convenzioni sono al tempo istesso modi di acquistare e di trasmettere la proprietà ed i diritti sulle cose. Considerati come modi di acquistare suppongono una proprietà, un diritto già acquisito che passa da un subbietto ad un altro senza estinguersi. In essi l' acquirente deduce il suo diritto dal diritto di un altro. La scuola chiama questo modo di acquisto

derivativo. Vi è l'altro modo di acquisto, nel quale il diritto acquisito è sempre nuovo e la scuola lo chiama **originario**.

L'occupazione è il solo modo originario, tutti gli altri sono derivativi. La prescrizione considerata come modo di acquisto è una occupazione della cosa che si presume abbandonata da altri.

Il diritto sulle cose il **jus in re** si assimila alla proprietà in quanto che genera la facoltà di apprendere, di occupare l'obbietto di quel diritto, e farlo servire ai propri fini. Però come i diritti sono incorporali, enti ideali insuscettibili di apprensione materiale ossia di occupazione, ne nasce che la proprietà delle cose si acquista con la occupazione, il diritto alla cosa si acquista con la successione, con la donazione e con la convenzione, come si acquista la proprietà che ha già subito la fase della occupazione. Con ciò è chiaro il concetto della legge;

La proprietà si acquista coll'occupazione.

La proprietà e gli altri diritti sulle cose si acquistano e si trasmettono per successione, per donazione e per effetto di convenzioni.

Possono anche acquistarsi col mezzo della prescrizione. Art. 710.

Ritenuta l'occupazione come primo ed originario modo di acquistare la proprietà inizieremo con essa l'analisi dei modi di acquistare, seguirà poi la teoria della successione, delle donazioni e delle convenzioni come modi di acquistare e trasmettere.

TITOLO I.

Della occupazione

2. Occupare significa prendere e tenere in proprio una cosa. Quando questa cosa non è di altri l'occupazione è titolo di proprietà: *res nullius cedit primo occupanti*. Nulla di più razionale. L'occupazione è l'espressione dell'attività dell'uomo, che si esercita sul

creato posto a sua disposizione come mezzo del suo svolgimento. Ma ritenuta l'eguaglianza di diritto negli uomini è chiaro che l'occupazione, come titolo di proprietà, non è possibile altrimenti che sulle cose da altri non occupate. Occupare l'occupato è una usurpazione, un furto.

Questa occupazione fu il modo primitivo ed originario di acquistare, come la tradizione fu il modo primo di trasmettere la proprietà. I popoli primitivi non vanno al di là del senso e del fatto materiale.

Tutto giorno vediamo che un' isola scoperta, un continente disabitato diviene proprietà di quella nazione che prima lo scopre ed occupa, piantando su di essa la sua bandiera, come segno dell'apprensione e della occupazione. Quella isola, quel continente *res nullius* cede al primo occupante.

3. Nel fatto delle nazionalità costituite niente avvi di *res nullius*. Tutto ciò che esiste appartiene allo stato, alle provincie, ai comuni, agli istituti pubblici ed altri corpi morali, od ai privati dice l'art. 425. Ma per meglio intendere la sua forza in fatto di occupazione procediamo per esclusione: tutto ciò che non appartiene ai privati, agli istituti pubblici ed altri corpi morali, ai comuni, alle provincie, appartiene allo stato. Dunque nulla vi è di vacuo, di nullius nel territorio dello stato, quindi l'occupazione è oramai impossibile quanto alle cose immobili. Fra i mobili e semoventi vi sono delle cose che non sono proprietà di alcuno, per essi soli l'occupazione è possibile. Tali cose sono gli animali liberi, il tesoro, le cose abbandonate, dunque l'occupazione può soltanto applicarsi agli animali liberi — al tesoro, ed alle cose mobili abbandonate.

Le cose che non sono ma possono venire in proprietà di alcuno, si acquistano coll'occupazione. Tali sono gli animali che formano oggetto di caccia o di pesca, il tesoro e le cose mobili abbandonate. Art. 711.

4. L'occupazione degli animali liberi si fa con la **Caccia** e con la **Pesca**. La caccia e la pesca sono modi di diritto naturale e co-
2 — V. 3.° — CACC. Cod.

stituirono i primi elementi di vita della razza umana. Ma nello stato di civile società questo diritto naturale non poteva essere abbandonato al suo libero svolgimento, senza compromettere la proprietà e la pubblica sicurezza. La legge positiva ha ristretto l'esercizio di questo diritto, subordinando l'esercizio della caccia e della pesca a condizioni di tempo, di luogo, di mezzo col doppio scopo della conservazione degli animali come mezzo di alimento e di economia rurale e silvana, e di garanzia della proprietà e della pubblica sicurezza.

La caccia e la pesca sono regolati da statuti speciali; un principio generale è consacrato nel codice, cioè ogni proprietario ha diritto di proibire la caccia nel proprio fondo (1).

L'esercizio della caccia e della pesca è regolato da leggi particolari.

Non è tuttavia lecito di introdursi nel fondo altrui per l'esercizio della caccia contro il divieto del possessore. Art. 712.

Due osservazioni generali è necessario stabilire:

1.^a La caccia e la pesca non si applicano che agli animali selvaggi. Ovunque presi son buona preda, purchè non siano stati precedentemente occupati e tenuti da altri.

2.^a Per acquistare il dominio degli animali selvaggi è d'uopo occuparli. L'occupazione dura finchè dura il possesso.

Il possesso anche qui non è un atto materiale, ma l'intenzione manifestata con atto o fatto esteriore; cosicchè basta la continuità del fatto o dell'atto per sostenere il possesso. Uno sciame di api occupa il mio alveare. Io tengo le bocche dell'alveare aperte, lo sciame è

(1) Le leggi speciali sulla caccia sono pel napoletano contenute nel decreto 25 febbrajo 1826, e nella legge 28 ottobre 1819 e regolamento del 20 aprile 1822, non che nella legge 3 ottobre 1836.

Per la pesca vi sono i decreti 20 ottobre 1834, 11 maggio 1835, e le istruzioni del 4 aprile 1793 confermate dal reseritto 8 marzo 1835.

di mia proprietà. Se questo sciame emigra, io ho il diritto d'inseguirlo nel fondo altrui ed usare di tutti i mezzi possibili per richiamarlo. Il proprietario del fondo su cui lo sciame è poggiato ha diritto di essere indennizzato del danno che per avventura gli produco, ma deve tollerare che io esaurisca tutti i possibili tentativi per recuperare lo sciame. Però se per due giorni dalla emigrazione non inseguo lo sciame o per due giorni cesso dall'inseguirlo, cessa la manifestazione della volontà di recuperarlo, sorge l'idea di abbandono, ed allora il proprietario del fondo ove lo sciame è poggiato, lo fa suo per diritto di accessione, e se il fondo è pubblico lo sciame è **nullius** e cede al primo occupante.

La stessa teoria va applicata per gli animali mansuefatti. Essi appartengono a colui che ha versato la sua attività su di essi per mansuefarli. Se per avventura l'animale mansuefatto riprende la sua libertà ed è preso in tale stato da un altro, costui può ritenerlo se il padrone non lo reclama fra venti giorni. Però per i conigli, colombi e pesci che emigrano da una conigliera, colombaia o peschiera in un'altra appartenente a proprietario diverso vale la regola stabilita dall'articolo 462, cioè si acquista per accessione dal proprietario della conigliera, colombaia o peschiera ove sono passati, purchè non siano stati attirati con arte o con frode.

Ogni proprietario di sciami di api ha diritto d'inseguirli sul fondo altrui, ma deve risarcire il danno cagionato al possessore del fondo: quando il proprietario non li abbia entro due giorni inseguiti od abbia cessato durante due giorni d'inseguirli, può il possessore del fondo prenderli e ritenerli.

Lo stesso diritto spetta al proprietario di animali mansuefatti, salva la disposizione dell'articolo 462; ma essi appartengono a chi gli avrà presi e ritenuti, se non sono reclamati entro venti giorni. Art. 713.

5. Tesoro è qualunque oggetto mobile di pregio, che sia nascosto o sotterrato, e del quale nessuno possa provare di essere padrone. Notate i caratteri del tesoro; oggetto **mobile di pregio, nascosto, senza padrone**. La cosa senza padrone è **res nul-**

lius quindi cede al primo occupante, e primo occupante è l'**inventore**. Se il tesoro si trova in un fondo è **accessione** del fondo stesso e spetta al padrone del fondo: però egli deve questo bene all' inventore. Vi sono così due interessi da conciliare; il diritto di proprietà della cosa, il diritto di proprietà dell' opera. Ciascuno dei due proprietari ha diritto al tesoro: i diritti concorrenti eguali ed opposti per coesistere si modificano a vicenda. Ciascuno dei due proprietari prende la metà del tesoro. Se i proprietari dell' opera son più, se la proprietà del fondo è comune a molti, le metà rispettive del tesoro saranno suddivise tra i comproprietari dell' opera produttrice dell' invenzione, ed i comproprietari del fondo. La invenzione però per dar diritto alla metà del tesoro deve essere **casuale**. A niuno è lecito praticare degli scavi nel fondo altrui per ritrovare il tesoro, nè l' operaio adibito dal padrone del fondo ad uno scavo potrebbe pretendere la metà del tesoro per avventura scoperto dai colpi della sua marra o dai tagli della sua vanga, imperocchè prezolato, non sarebbe proprietario dell' opera alla quale è attribuita la metà del tesoro.

Il tesoro appartiene al proprietario del fondo in cui si trova. Se il tesoro è trovato nel fondo altrui, purchè sia stato scoperto per solo effetto del caso, spetta per metà al proprietario del fondo ove fu trovato e per metà al ritrovatore.

Tesoro è qualunque oggetto mobile di pregio, che sia nascosto o sotterrato, e del quale nessuno possa provare di essere padrone. Art. 714.

Le legislazioni italiane anteriori al codice variavano nella definizione del tesoro. Il codice delle due Sicilie nell' art. 636 diceva tesoro *qualunque cosa nascosta o sotterrata della quale non vi ha alcuno che possa provare di essere il proprietario*, definizione identica a quella del Codice francese. Il Codice austriaco, osservato nel lombardo-veneto, nell' art. 398 chiamava tesoro *le cose scoperte consistenti in danaro, gioie, o altri effetti preziosi da così lungo tempo nascosti che più non possa sapersene il precedente proprietario*. Il Codice parmense nell' art. 565 diceva: *il tesoro è una cosa an-*

che non preziosa nascosta o sotterrata, della quale non v'è alcuno che possa giustificare di essere il padrone. Il Codice italiano con le parole tesoro è qualunque *oggetto mobile di pregio*, derime due quistioni a cui davan luogo i codici precedenti, cioè **tesoro è cosa mobile** in conseguenza tutto quanto appartiene al regno minerale incastrato nel terreno o nella pietra non è tesoro. **Mobile di pregio**, cioè avente un valore intrinseco rilevante, come un brillante o una quantità di oro in massa o lavorato o monetato od altra cosa simile.

6. Tutto ciò che si trova e non può qualificarsi tesoro appartiene al precedente proprietario purchè sia noto. Ad ogni modo l'inventore acquista un diritto eventuale sulla cosa rinvenuta, ed un diritto certo al premio per l'invenzione, purchè adempisca dal canto suo al dovere di ogni uomo onesto, cioè di restituire la cosa ritrovata al padrone se è noto, o in difetto consegnarla al sindaco del luogo dove l'ha ritrovata, perchè ne ricerchi il padrone. Il sindaco deve pubblicare l'invenzione ed il deposito. Se il padrone si presenterà a riprendere la cosa sua pagherà all'inventore il decimo del valore della cosa sino a 2000 lire, ed il vigesimo sul soprappiù delle lire duemila, come premio dell'invenzione, diritto certo dell'inventore. Se scorsi due anni dalla pubblicazione dell'invenzione nessuno si presenterà a reclamare la cosa, questa si avrà come *res nullius* e quindi cederà all'occupante ossia all'inventore come diritto eventuale della invenzione, pagando com'è naturale le spese occorse per la conservazione della cosa.

Chi trova un oggetto mobile che non sia tesoro, deve restituirlo al precedente possessore; o se non lo conosce, deve senza ritardo consegnarlo al sindaco del luogo dove lo ha trovato Art. 715.

Il sindaco rende nota la consegna anzidetta per mezzo di pubblicazione nelle forme consuete da rinnovarsi in due domeniche consecutive. Art. 716.

Passati due anni dal giorno della seconda pubblicazione, senza che si presenti il proprietario, la cosa oppure il suo prezzo, ove le circostanze ne abbiano richiesta la vendita, appartiene a chi l'ha ritrovata.

Tanto il proprietario quanto il ritrovatore, ripigliando la cosa o il prezzo, devono pagare le spese per essa occorse. Art. 717.

Il proprietario deve pagare a titolo di premio al ritrovatore, se questi lo richiede, il decimo della somma o del prezzo comune della cosa trovata. Ove tale somma o prezzo ecceda le 2000 lire, il premio pel soprappiù sarà solamente del vigesimo. Art. 718.

7. Le cose gettate in mare o quelle che il mare rigetta, le piante e l'erbe che crescono lungo le riviere del mare possono essere obbietto di diritti che sono regolati da leggi particolari.

I diritti sopra le cose gettate in mare o sopra quelle che il mare rigetta, o sopra le piante e le erbe che crescono lungo le rive del mare, sono regolati da leggi particolari. Art. 719. (a)

Teoria romana sulla proprietà

8. Il diritto romano specialmente in rapporto alla proprietà vuole essere considerato in quattro periodi, cioè: 1.° dall'origine allo XII tavole—2.° dalle XII tavole all'Impero—3.° dall'impero a Giustiniano—4.° da Giustiniano in poi. La proprietà come noi l'intendiamo non trova riscontro nel primo periodo. Essa principiò a svolgersi nel secondo o terzo periodo, e solo nel quarto si è mostrata in quel sistema che la scienza moderna le ha dato. E nulla di ciò più naturale, imperocchè l'organizzazione della proprietà è ligia del sistema politico, e la costituzione politica in Roma fu varia nei vari periodi della storia di quel popolo, che ha percorso tutte le fasi della parabola umana.

(a) Nel napolitano le cose gettate in mare o dal mare rigettate appartenevano al Fisco quando il padrone era ignoto. Il padrone poteva reclamarle fra tre anni. Vedi Dispaccio 27 febbrajo 1738 — legge 19 giugno 1826 — 12 ottobre 1807 — Decreto 2 settembre 1817.

a. Roma dei Re era uno Stato che assorbiva l'individuo e lo rimandava alla vita giuridica con la veste del **civis**. Lo stato era tutto, la proprietà era tutta dello Stato che ne dava al **civis** una parte in godimento. Nel sistema della civiltà odierna lo Stato è per l'individuo, è mezzo e condizione dello svolgimento del cittadino. La proprietà è del cittadino, che ne dà allo Stato quanto basta per condizionarlo allo scopo che deve compiere.

Il suolo, la proprietà **fondiarìa** dell'antica Roma, era **ager publicus**. Si dava al **civis** in godimento mercè la **concessio** perfezionata con l'**occupatio**, che costituiva la **possessio** cioè un diritto di godimento obbligato a riconoscere nello Stato un diritto maggiore il **dominium**. Numa Pompilio dichiarò la **possessio sacra**, ossia irrevocabile tranne il caso di condanna a pena capitale; ma questa **possessio** era ben lontana dalla proprietà.

b. La proprietà **mobiliare** era dello Stato nè più nè meno che la proprietà fondiaria. Il bottino di guerra passava dallo Stato al **civis** mercè vendita all'incanto **sub hasta**, che si compiva da un magistrato alla presenza del popolo innalzando un asta sul luogo del mercato. Il maggiore offerente **auctor** diveniva proprietario, nel vero senso della parola, della cosa comprata. Surse così la proprietà privata unicamente mobiliare a lato della **possessio** immobiliare, un diritto privato a lato di un diritto pubblico. Questo diritto privato di genesi così modesta divenne col tempo quel famoso **jus quiritum** espresso con la formola obbiettiva *id meum est ex jure quiritum*. Obbietto di questa proprietà quiritaria era il bottino di guerra, cioè tutto quello che era preso con la mano al nemico **manucaptum** donde la parola **mancipium** usata per dinotare il prodotto della **occupatio bellica**, proprietà devoluta allo Stato. L'**auctor** con la compra **sub hasta** simulava questa **occupatio**, e così l'occupazione, modo primitivo e naturale di acquistare una cosa, rivestita di forma civile costituì la **venditio**, primo modo di acquisto della proprietà romana. Come **mancipium** era l'obbietto della vendita, **res mancipi** era la cosa che poteva vendersi **sub hasta**, come i servi, i prigionieri di guerra che si esponevano venali con una corona in testa donde la vendita di essi si chiamò *venditio sub corona*, i quadru-

pedi *quae dorso vel collo domantur veluti boves, eques, asini*, cose tutte che si ricavano dal bottino. Ben presto però l'obiettività della proprietà privata comprese l'*ager publicus adsequatus*, o venduto, *ager quaestorius*, dato in piena proprietà alla **plebs**, e poscia fu estesa ancora ai diritti reali, cosicchè la proprietà **jure quirittum** prese nel secondo e terzo periodo della storia del diritto una fisionomia distinta ed organizzata a lato della proprietà pubblica, e si distingueva per subbietto, per obbietto, e per modo di acquisto. Per obbietto la proprietà privata riconosceva i mobili in generale e gl'immobili situati in Italia. Per subbietto era possibile soltanto pei **cives**, pei **latini** assimilati ai cives, e per tutti coloro che avevano ottenuto il **commercium** con Roma. Per modo di acquisto si usava la *venditio* quanto ai mobili e semoventi, l'assegnamento, *ager adsignatus*, e la vendita *ager quaestorius* quanto agl'immobili.

c. Fin qui vi era modo come acquistare la proprietà dello Stato. Ma la vita sociale esigea un modo di trasmissione di proprietà tra cittadini, e, per provvedere a tal bisogno, surse la **in iure cessio**. Questo modo di acquistare simulava la vendita sub hasta. Le parti andavano innanzi al Pretore ed ivi il proprietario cedeva, il compratore vindicava, il Pretore aggiudicava la cosa al compratore ed il dominio era trasferito dal venditore al compratore.

d. Alla cessione tenne dietro un modo più comodo e libero la **mancipatio** che simulava la cessione. Cinque testimoni cittadini romani rappresentavano il popolo, il *libripens*, cittadino anch'esso, teneva la bilancia. L'acquirente prendeva la cosa dicendo *haec rem meam esse aio ex jure quirittum hisque mihi emptus est haec aere aeneque libra*, e batteva la bilancia con una moneta. La proprietà era così trasferita dal venditore al compratore. Questo modo di acquisto era possibile soltanto per le *res Mancipi*, denominazione estesa anche alle servitù *iter via actus aquaeductus* e più tardi ancora alle successioni per evitare i testamenti *calatis comitis et in procinctu*. È facile scorgere come tutti questi modi di acquisto si riducono alla vendita or sotto la forma della subasta, or sotto quella della cessione in jure, e della mancipazione.

e. Un altro modo di acquisto era l'aggiudicazione. In generale

la sentenza del magistrato non era attributiva di diritto ma semplicemente dichiarativa, meno nei giudizi *familiae erciscundae*, *finium regundorum*, e *comuni dividundo*.

f. La successione era modo di acquistare tutto il patrimonio del defunto ed era detto *adquisitio per universitatem*.

g. L'**usucapio** chiudeva la categoria dei modi civili di acquisto. L'usucapione era di stretto diritto civile. Si compiva coi due momenti tempo e titolo del possesso. Il tempo delle XII tavole era di due anni per gl' immobili, uno per i mobili, esteso poscia a tre per questi a dieci o venti per gl' immobili nel sistema di Giustiniano. Questo tempo doveva esser continuo e decorrere da un fatto legittimo *titulus usucapionis*, fatto ch' era la compra, il legato, la donazione, la dote, il pagamento, l' abbandono, donde le frasi *pro empto*, *pro haerede*, *pro legato*, *pro derelicto*, *pro dote* e simili per indicare la legittimità del possesso fattore della usucapione.

h. A lato di questi modi di acquistare jure civili vogliono esser considerati altri modi civili ed universali cioè:

1.° la **bonorum possessio** che era la successione pretoria sostituita alla legale;

2.° l'**adquisitio per adrogationem** che era una conseguenza dell' arrogazione ossia dell' adozione dell' uomo *sui juris*. L'arrogato cadeva sotto la potestà dell' arrogante, costui acquistava i suoi beni;

3.° l'**additio bonorum** che ebbe origine da un rescritto dell' imperatore **Marco**. Un testatore legava ai suoi schiavi la libertà. L'eredità non era adita d' alcuno, si caducava e con essa il legato di libertà. **Marco** accordò agli schiavi il diritto di assumere l'eredità e considerarsi come successori del testatore. Spesso tali eredità tuttochè onerose si accettavano solo per conseguire la libertà, perciò si disse **additio bonorum libertatum servendarum causa**.

4.° **adquisitio per sectionem bonorum** era l' acquisto dei beni della donna divenuta schiava per amore. Nei costumi romani la donna libera non poteva amare uno schiavo. Se abbassava cotanto i suoi affetti, dopo tre ammonizioni diveniva schiava del padrone dello schiavo, e tutt' i suoi beni si acquistavano dal padro-

ne. Fu questa una creazione del senato consulto **Claudiano** donde si disse **adquisitio per sectionem bonorum ex Sc. Claudiano**.

i. Altri modi di acquisto dicevansi **ex jure gentium** ossia *naturali* perchè non erano istituzioni speciali del *jus civile romano*, ma ripetevano la loro origine dalla natura ed appartenevano al diritto universale.

Primo modo tra questi era l'**occupatio**, che nel sistema romano consisteva nell'atto materiale col quale si prendeva la cosa **nullius** o la cosa abbandonata per farla propria. Si fece quistione se era necessario mettere le mani addosso alla cosa per acquistarla, e si dubitò a chi attribuire un oggetto veduto da due persone successivamente ma preso per primo da colui che fu secondo a vederlo. Nelle fonti del diritto può trovarsi in sostegno della non necessità dell'apprensione la legge 21 D. de adq. poss. *Non est necesse corpore et actu apprehendere possessionem sed etiam oculis et affectu*. È ritenuta la contraria opinione dalla maggior parte degli scrittori perchè come diceva **Grozio** *possessionis initium est corporis ad corpus adjectio qualis circa res mobiles maxime fit manibus, circa res soli pedibus*.

L'occupazione si riferiva alla caccia — alla pesca — all'invenzione.

1.° Quanto alla caccia ed alla pesca **Gaio** compendia il diritto così: *quod nullius est conceditur occupanti, omnia igitur animalia quae terra, mari, coelo capiuntur, idest ferae bestiae et volucres, pisces capientium fiunt. Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat at in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur, venandi occupandae gratia, potest a domino, si is providerit, jura prohiberi ne ingrederetur*. Si distinguevano sotto tal rapporto gli animali in vaganti, mansueti, e mansuefatti.

I vaganti erano quelli che non si potevano acquistare altrimenti che violentemente, e questi ricadevano nel principio di **Gaio** *omnia igitur animalia*. I mansueti non si potevano acquistare altrimenti che in seguito dell'abbandono del padrone. I mansuefatti potevano occu-

parsi appena che usciti dalla custodia dell' uomo, avevano ripresa la loro libertà naturale.

2.° **L' invenzione** era l' occupazione applicata alle cose nullius ed abbandonate con animo di non più riprenderle. Si acquistavano in tal modo le gemme, i lapilli che si rinvenivano nel mare, sui lidi, o in seno della terra o dell' acqua. Per le cose gittate nel mare in caso di naufragio si riteneva la volontà del padrone di riaverle, e quindi l' inventore era sempre tenuto di rimetterle al padrone che le reclamava.

3.° **Thesaurus** dicevano i romani *est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut jam dominum non habeat*. L' imperatore **Adriano** sanzionava che il tesoro trovato nel fondo proprio o accidentalmente nel fondo religioso o sacro appartenesse tutto all' inventore: trovato nel fondo pubblico fosse tutto proprietà dell' università, trovato nel fondo privato appartenesse per metà all' inventore e per metà al padrone del fondo; quello esplorato o scoperto per arte magica appartenesse tutto al padrone del fondo.

1. Ci resta ancora a parlare della **tradizione**. Se l' occupazione razionalmente e storicamente è ritenuta come il primo modo di acquistare il possesso di una cosa, la tradizione deve ritenersi come primo modo traslativo di possesso. Nulla più naturale di fatti che volendo trasferire in altri una cosa ch' è in nostro potere gliene facciamo consegna reale o simbolica. Questo modo di trasferimento per consegna dicevasi tradizione *Traditio est modus acquirendi quo dominus qui jus et animum alienandi habet rem corporalem ex iusta causa in accipientem transfert*.

Si fa quistione se la tradizione fu attuata nell' antico diritto romano o venne introdotta quando la proprietà **ex jure gentium** si costituì a lato di quella **ex jure quiritem**. Si dice da taluni financo ignoto ai primi giuristi romani questo modo acquisitivo e traslativo insieme. Ciò è esagerato. La tradizione, che ha la sua genesi nella natura, non poteva essere ignorata dal diritto italiano anteriore al romano, nè i giuristi della prima epoca romana possono ritenersi surti nuovi affatto nel mondo giuridico. È logico ritenere che nota ai primi giuristi non fu in uso per una ragione qualunque, e que-

sta ragione può assegnarsi principalmente nel fatto che la tradizione nella sua semplicità essendo la perfetta negazione di tutto quel misterioso plasticismo, che circondava la procedura romana, e che sosteneva il patriziato, solo cultore del giure in quella preponderanza sociale che derivava dall'essere arbitro delle forme sacramentali, si teneva in disparte. D'altronde nella restrizione degli affari, in quel primo periodo del diritto, non vi era bisogno di allontanarsi da un sistema che s'innestava con la politica, per introdurne un'altro che si poteva attuare indipendentemente dalla ingerenza del patriziato. La **in iure cessio**, e la **mancipatio** bastavano ai bisogni del tempo. Però allorché le relazioni giuridiche si moltiplicarono, quando non fu più possibile all'elemento romano di tenersi isolato, la tradizione fu introdotta come modo di trasmissione del possesso o della proprietà delle cose **nec mancipi** tra i romani, come era modo di trasmissione e di acquisto generale tra le genti non romane. **Gaio** che visse nell'anno 160 dell'era volgare scriveva: *Nam si tibi rem mancipi neque mancipaveris neque in iure cesseris, sed tantum tradideris, in bonis quidem tuis ea res efficitur, et iure quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapies, semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset.*

La tradizione quindi non operava la proprietà **quiritaria**, ma la **bonitaria** la proprietà naturale non la civile delle cose mancipi, e per la ragion dei contrari era modo di acquistare la proprietà civile delle cose **non mancipi**. **Giustiniano** abolì la distinzione delle cose mancipi e non mancipi, che per mutata costituzione politica non aveva più ragione di essere, e così venute meno la **mancipatio** e la **in iure cessio** la tradizione restò modo generale di acquisto e di trasmissione di proprietà.

Tre condizioni erano necessarie perchè la tradizione operasse il trasferimento di proprietà: 1.° la proprietà della cosa nell'alienante 2.° il diritto e la volontà di alienare, 3.° la causa idonea a trasferire il dominio.

Si distingueva la tradizione **longa manu** da quella **brevi**

manu. Allorchè il tradente ed il tradizionario avevano dichiarato una volontà di trasferire, l'altro di prendere la cosa, il passaggio di dominio si operava anche senza la materiale apprensione, purchè il tradente lasciasse effettivamente il possesso, ed il tradizionario fosse nella fisica possibilità di disporre della cosa. La tradizione così fatta era quella di **longa manu** e dicevasi pure **simbolica** dal segno d'investimento che si faceva o indicando il fondo da occuparsi, o mettendo innanzi i mobili, o consegnando la chiave del luogo ove si conservavano, o mettendo col consenso del tradente le guardie, o apponendovi il suggello del nuovo proprietario. **Longa manu** è una metafora che traduce lo sguardo e la intenzione di possedere. Quando per una causa qualunque il tradizionario era già nel possesso della cosa e per consenso del tradente si cambiava solo la ragione del possesso, la tradizione che si operava dicevasi di **brevi manu**. Si fingeva riconsegnare la cosa al possessore a titolo diverso: la tradizione si compiva con la sola intenzione, e quindi nulla di più breve del movimento di volontà. È **Gaio** che ne dà un esempio: *se ti vendo la cosa che già stava in mano tua a titolo di locazione o deposito te ne trasferisco il dominio consentendo che resti presso di te a titolo di vendita*. **Pomponio** diceva: *si rem meam possideas et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit*. Per contrario quando colui ch'era in possesso della cosa faceva un contratto per effetto del quale avrebbe dovuto fare la tradizione, ma invece di fare la tradizione riteneva la cosa per un titolo diverso, aveva luogo il **constitutum possessorium**. Era il caso di un proprietario che vendeva il suo fondo, ritenendolo ancora a titolo di locazione.

m. Finalmente non è inutile cennare altri modi speciali di acquisto riconosciuti nel diritto romano.

1.º Adquisitio per censum. Colui che sui ruoli del censo era riportato come proprietario di una cosa, lo diveniva quando anche realmente nol fosse, se tra due mesi l'interessato non domandava la rettificazione del censo (1).

(1) L. 7 C. de cens.



2.^o **Missio ex secundo decretu.** Quando il condannato a dare cauzione per un danno temuto non ubbidiva, il reclamante con un secondo decreto del magistrato era immesso in possesso dell'edifizio o dell'opera che minacciava danno, e persistendo il condannato a non dare la cauzione il reclamante acquistava la proprietà dell'opera o dell'edifizio (1).

3.^o **Ductio.** Era ritenuto il principio di responsabilità *noxa caput sequitur*. Dato un danno commesso da un uomo *alieni juris*, o da un animale altrui, se colui che aveva la *potestas* sull'uomo, o era proprietario dell'animale non compariva per rispondere del danno, il danneggiato otteneva la proprietà dell'uomo o dell'animale che lo aveva commesso (2).

TITOLO II.

Delle successioni

9. Un patrimonio esiste come oggetto del diritto di una persona. La persona muore, il diritto si estingue, il patrimonio sussiste senza subbietto. Chi lo raccoglie? qual subbietto viene a sostituire l'estinto? a qual titolo un subbietto s'impadronisce del patrimonio di un defunto?

Il titolo è la successione. Per essa un subbietto entra in luogo di un altro nella **universalità** del diritto **universum jus** e la successione dicesi **universale**. In essa dei tre termini di un diritto, cioè subbietto, oggetto, diritto, nulla cambia tranne il subbietto. Se il nuovo subbietto viene in luogo del primo non nella universalità del diritto ma in una **quota** di esso come il terzo, il quarto, la metà, la successione dicesi a **titolo universale**. Se il nuovo subbietto viene

(1) L. 13 e 15 D. de damno infect.

(2) L. 2 D. si ex noxalis caus. — L. 6 D. de publ. act. — L. 26 D. de nox. act.

in luogo del primo non nella universalità del diritto, né in una quota di esso ma in una **cosa singola** la successione dicesi **particolare**. Le conseguenze di queste condizioni giuridiche diverse non possono essere eguali, ma per ora non ci preoccupiamo di esse.

10. Il titolo di un diritto qualunque è sempre la legge o il fatto dell' uomo.

La successione che proviene dalla legge dicesi **legittima**, quella proveniente dal fatto dell' uomo dicesi **testamentaria**. I fattori unici della successione sono la legge, il testamento.

11. Si disputa a chi dei due fattori della successione debba darsi la preferenza, in altri termini se la successione legittima debba preferirsi alla testamentaria o viceversa. Questa disputa manca di base. La legge non deve non può imporsi all' uomo nella libera disposizione della sua proprietà. Questo concetto non poteva essere meglio espresso di quel che lo fu nella legge delle XII tavole *uti pater legassit super pecunia tutelave rei suae ita ius esto*. Il concetto della proprietà è violato semprechè la legge interviene nel testamento. Sanzionato il principio che la proprietà è il diritto di godere e disporre della cosa nel modo più assoluto, la legge non avrebbe modo come giustificare la contraddizione nascente dal fatto d' imporsi alla volontà dell' uomo, nella disposizione della sua proprietà. Essa deve limitarsi ad intervenire o quando l' uomo non fa testamento, o quando lo avesse fatto con eccesso di libertà. La libertà dell' uomo non è la libertà di Dio, cioè la libertà senza necessità. La libertà umana è libertà nella necessità, in altri termini l' uomo può fare o non fare il bene, ma non può fare il male. Per lui vi è una necessità di azione od inazione nei limiti della quale è il suo diritto, ed oltre alla quale vi è il non diritto, il capriccio, l' abuso. La legge interviene in tal caso a sconoscere il non diritto o a distruggere l' abuso. L' uomo ha dei doveri da compiere col testamento. Se non li compie viene la legge per fare ciò che l' uomo avrebbe dovuto fare, se li viola, viene la legge per annullare l' abuso. È chiaro da ciò che la legge in fatto di successione ha una doppia missione da compiere. Fare ciò che l' uomo avrebbe dovuto fare e non ha fatto, sconoscere ciò che l' uomo ha fatto contro i suoi doveri verso la sua famiglia e la società.

In questo compito la legge fa nè più nè meno di quello che fa in tutte le altre relazioni giuridiche della vita sociale, cioè supplire all'inazione o correggere l'azione dell'uomo. Il legislatore è fedele alla sua missione e dice:

La successione si devolve per legge o per testamento.

Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manchi in tutto od in parte la testamentaria, Art. 720.

12. Conseguentemente al suo compito la legge come norma delle umane azioni, determina ciò che deve farsi in fatto di successione e lascia alla libertà del disponente ciò che può farsi. Quindi il titolo della successione è diviso in tre capi: nel primo si determina ciò che deve farsi in fatto di successione, esprimendo i modi com'essa si regola in difetto di testamento, donde la epigrafe del capo primo **delle successioni legittime**. Nel secondo si determina ciò che può farsi dal testatore, e quindi l'epigrafe, **delle successioni testamentarie**. Ciò ch'è comune alle due maniere di successione è detto nel capo terzo con l'epigrafe, **disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie**. È una materia ampissima che si svolge in 329 articoli dal 720 al 1049.

CAPO I.

delle successioni legittime

13. Lo scopo della successione è quello di sostituire un subbietto vivente ad un subbietto che muore, di fronte ad un patrimonio che giuridicamente non può concepirsi senza rapporto di subbiettività. Il patrimonio è mezzo di svolgimento dello scopo umano. Non è per l'individuo che questo scopo si svolge, ma per l'opera delle generazioni che si succedono all'individuo. Il patrimonio mezzo di svolgimento per l'individuo, lo è pure per coloro che proseguono il suo corso nell'incessante cammino della umanità. La legge che

ha il debito di soccorrere coi suoi provvedimenti il progresso della umanità, garantisce la conservazione dei patrimoni nelle famiglie, e la divisione dei beni tra i membri che le compongono. Per l'attuazione di questo compito il problema pratico a risolvere è questo: chi deve succedere nel patrimonio del defunto?

La chiamata dell'erede è la più eminente tra le espressioni del diritto di proprietà, e la legge gelosa custode di questo diritto lascia all'uomo la cura di chiamare l'erede. Se l'uomo che muore detta la sua legge di successione, la legge interviene per garantirne l'osservanza. Se l'uomo che muore non provvede alla sua successione, la legge interviene per fare ciò che l'uomo non fece, ed in tal compito non può far di meglio che prendere a criterio delle sue disposizioni la presunta volontà di quell'uomo e disporre, del patrimonio del defunto come egli stesso avrebbe disposto se avesse spiegato la suprema parola sulla sua successione.

Ma da qual fonte può la legge desumere la volontà dell'uomo che muore, sulla sorte del patrimonio che lascia? Nel dettare per lui una legge successoria, trova nel rapporto della sua azione, persone e cose.

Nel riguardo delle persone, incontra l'origine di esse in un maschio ed una femina che han prodotto degli esseri che a loro volta ne hanno prodotto degli altri, e vede una linea di enti legati tra loro con vincolo paterno e materno, paterno o materno semplicemente. Questo vincolo è la parentela nelle sue linee discendentale ascendente e collaterale.

Nel riguardo delle cose la legge s'imbatte in beni che provengono dal padre o dalla madre, cioè dalla linea paterna o dalla materna, o dalle due linee insieme e quindi di origine unica o diversa o mista. In questa origine di beni costituenti il patrimonio, non può raccogliersi elemento alcuno che possa fornire criterio della legge successoria per la chiamata dell'erede. La massa dei beni resta muta di riguardi, a prescindere da qualche considerazione speciale ed eccezionale di cui può tenersi calcolo nella divisione dei beni fra più chiamati a succedere. Il criterio può desumersi unicamente dalle persone, e trattandosi di chiamare erede colui che il defunto avrebbe chiamato,

non vi è altro mezzo per incontrare la sua volontà che quella di consultare le sue affezioni, ed i suoi doveri. Le affezioni sono presunte in ragione diretta del vincolo di sangue, il dovere è pedissequo di questo vincolo. Le affezioni sono espressioni dell'amore, l'amore ispirato dal dovere è l'**amor razionale**, e questo amor razionale è il criterio unico possibile per la chiamata di erede. Ora il dovere assegna il patrimonio alla famiglia, l'amore, tra la famiglia preferisce coloro sui quali questo sentimento scende più intenso. Una massima della vecchia scuola aristotelica desunta dalla natura, riscontrata nell'ordine dei fatti, accolta dalla coscienza universale dei popoli ha proclamato il principio, *amor descendit, ascendit et ad latera convertit*, e la scienza giuridica facendo tesoro di essa ha graduato l'amore in ordine discendentale, ascendente e collaterale ed in conseguenza nella chiamata di erede preferisce i figli e discendenti agli ascendenti e collaterali, gli ascendenti ai collaterali, i collaterali vicini ai più lontani, e dopo di questi quell'ente che riassume le personalità e le famiglie cioè la patria, lo Stato. L'amore ed il dovere concorrono ancora a tener conto del coniuge e dei figli naturali, quindi la legge enuncia in massima l'ordine successorio legittimo così:

La legge devolve la successione ai discendenti legittimi, agli ascendenti, ai collaterali, ai figli naturali ed al coniuge, nell'ordine e secondo le regole in appresso stabilite, ed in loro mancanza al patrimonio dello Stato. Art. 721.

E quindi enuncia il criterio regolatore col quale si propone di statuire i particolari occorrenti nella teoria della successione legittima;

La legge nel regolare la successione considera la prossimità della parentela, e non la prerogativa della linea nè la origine dei beni, se non nei casi e nei modi dalla legge stessa espressamente stabiliti. Art. 722.

Questo articolo accennando alla prerogativa della linea ed alla origine dei beni da cui dichiara di prescindere, salvo i casi speciali, ha una importanza storica che sarà altrove menzionata. Per ora fis-

siamo il principio che, la legge fa l'erede legittimo nella famiglia del defunto con l'unico criterio dell'amor razionale, desunto dal dovere, e dalla prossimità della parentela, e quando questa finisce devolve la successione alla patria e per essa allo Stato.

14. Il sistema successorio è uno dei principali fattori dell'organizzazione della proprietà, e questa è intimamente connessa con la costituzione politica dello Stato. Uno Stato che serve coscienziosamente al suo scopo ha interesse che ciascuno si abbia e copia e libertà di mezzi al suo svolgimento. Stato siffatto non può far di meglio che organizzare la proprietà in modo che si diffonda sulle masse il più che sia possibile — che la partecipazione ai suoi vantaggi sia eguale per tutti — che sia evitato il concentramento e l'inceppamento della proprietà nei suoi movimenti. A tutto ciò si presta egregiamente il sistema successorio, e si parte sempre da esso per costituire la democrazia, l'aristocrazia, il dispotismo politico, il governo del diritto o dell'arbitrio. E ben vero però che uno Stato, supposto ancora leale, non sempre può dare alla proprietà e per essa al sistema successorio quella organizzazione che corrisponde al concetto puramente razionale, imperocchè deve sempre tener conto del grado di sviluppo e civiltà del popolo per provvedere ai suoi interessi in ragione del bisogno. Dicemmo altrove che la legge razionale è legge tipo che non sempre corrisponde ai bisogni del tempo, cosicchè è principale missione dello Stato quella di dettare leggi positive che meglio adeguassero l'esigenze nazionali, donde è che legge positiva buona non è quella ch'è più razionale, ma quella ch'è più opportuna. Lo Stato può sostituire ad un concetto razionale un concetto politico, senza tradire con ciò la sua missione. Tutto sta che quel concetto politico sostituito al razionale sia opportuno.

Da tali riflessioni sorgono due conseguenze:

1.° Che il sistema successorio incarnandosi col sistema politico deve essere la vera espressione del bisogno nazionale, e quindi di statuto puramente personale.

2.° Che le sue disposizioni subordinandosi all'interesse sociale sono di ordine pubblico, e quindi di adempimento necessario.

15. È qui è opportuno rilevare con uno sguardo retrospettivo

sulla storia del diritto successorio, come il principio testè cennato si riscontra in fatto nella vita delle nazioni.

A. La legislazione romana ebbe in fatto di statuto successorio tre periodi diversi il Decemvirale, il Pretorio, e l' Imperiale. Il reggimento politico del periodo decemvirale era repubblicano aristocratico. È proprio di tal reggimento l' accentramento della proprietà nelle famiglie. Il sistema successorio legittimo racchiuso nelle tre gradazioni **domus, familia, gens**, cioè eredi **sui**, **agnati**, **gentili** corrispondeva precisamente alla conservazione dei patrimoni. A colui che moriva intestato succedevano gli eredi **sui** cioè coloro ch' erano sotto la sua potestà, compresa l' **uxor in manu** ed i figli postumi, ma concepiti all' epoca della morte. Non ereditavano affatto i figli che per adozione o per emancipazione erano usciti dalla patria potestà e dalla **domus**. I nipoti prendevano la parte dovuta al loro autore premorto in concorrenza con gli zii. Il patrimonio del defunto restava così nella **domus** ossia nella sua famiglia naturale.

In mancanza di eredi **sui** succedevano gli **Agnati**, cioè coloro che erano congiunti col defunto per via di maschio e portavano il medesimo cognome. Erano i fratelli germani che dividevano l' eredità del fratello con le sorelle germane, e con la madre ch' era stata **uxor in manu** e quindi tenuta **in loro sororis**, ed in questa successione si procedeva col criterio della prossimità del grado di agnazione, cosicchè il patrimonio restava sempre nella famiglia civile.

In mancanza di **agnati** l' eredità si devolveva ai **gentili** ossia alla **gens**, al sodalizio, alla famiglia politica, alla quale il **civis romanus** doveva necessariamente appartenere per collegarsi con lo Stato.

Tra agnati e gentili la differenza era questa: tutti erano parenti dal lato maschile, ma gli agnati avevano tutti l' istesso cognome ed appartenevano alla stessa famiglia civile. I gentili avevano l' istesso agnome ed appartenevano tutti alla medesima **gens**. Così **Caio Giulio Cesare** distinto da ogni altra persona con l' appellativo Caio, apparteneva alla famiglia civile dei **Cesari**, alla famiglia politica cioè alla **gens** Giulia; tutti i Cesari gli erano agnati, tutti i Giuli gentili. In questa successione legittima si notava una specialità nella mas-

sima *in legitimis haereditatibus non est successio*, vale il dire l'eredità si devolveva a chi di diritto una volta per sempre, cosicchè se i chiamati non l'acquistavano, l'eredità non passava ai gradi successivi, ma diveniva caduca e come tale rientrava allo Stato. Gli emancipati, gli adottati non succedevano al padre naturale: i figli non succedevano alla madre nè viceversa: i cognati cioè i parenti da femina erano affatto esclusi pel principio *foemina est finis familiae*: temperamenti tutti che procuravano il concentramento dei beni nella casa **dómus**, o almeno nella **família** ed in estremo nella **gens**.

I tempi si cambiano: l'elemento democratico s'insinua e si spande nella società romana, si contropone all'elemento aristocratico e li fa guerra, ottiene delle concessioni, ha bisogno di vita. La coscienza pubblica rivela il bisogno di una riforma nella organizzazione della proprietà e nel diritto successorio. Non si ardisce però toccare la maestà della vecchia legge, si ricorre alle finzioni, alle interpretazioni, ai provvedimenti di equità, ed il diritto **Pretorio** riforma nel fatto la legge successoria per provvedere al bisogno di discentrare la proprietà, diffonderla e condizionarla alle esigenze della democrazia.

Gli emancipati non sono eredi **sui** non succedono al padre morto intestato. Il pretore con l'editto **unde liberi** senza innovare la vecchia legge la elude, ed accorda agli emancipati il **possesso** dei beni paterni cioè l'eredità di fatto. Pel principio **uti pater** era valido il testamento fatto in pregiudizio degli eredi legittimi. La legge sosteneva la massima *in legitimis haereditatibus non est successio*; il Pretore con l'editto **unde legitimi** aboliva col fatto questa massima, ed accordava il possesso dei beni agli eredi che si presentavano per adire l'eredità deserta o rifiutata dal grado prossimiore, ed ai legittimi pregiudicati col testamento accordava la **possessio contro tabulas**. Per legge, il padre mancipando il figlio con la triplice vendita lo manometteva all'estraneo, e non stipulando il patto di fiducia, il manomissore estraneo acquistava sul manomesso il patronato e l'eredità di lui. Il Pretore con l'editto **unde decem personae** accordava il possesso dei beni successivamente a dieci persone prima di farli arrivare al manomissore. La legge preferiva i gentili ai cognati: il Pretore con l'editto **unde cognati** dava col possesso dei

beni ai cognati quella parte di eredità che per giustizia era loro dovuta. La legge non riconosceva successione tra i coniugi, il Pretore con l'editto **unde vir et uxor** eludendo la legge dava al coniuge sopravvissuto la eredità di fatto con la *possessio bonorum*. La legge non accordava la successione del liberto ai figli emancipati del patrono o dati in adozione: il Pretore con l'editto **pro patronis** dava loro invece il possesso dei beni. Per legge i figli non succedevano alla madre nè la madre ai figli, perchè sempre vi era passaggio di beni da una famiglia ad un'altra. La coscienza pubblica giuridica non si adattava a questa esclusione, ed il **S. C. Tertuliano** ammise la madre alla successione dei figli, e l'**Orfiziano** chiamò i figli alla successione della madre.

Molte costituzioni imperiali informate dal medesimo principio di diffondere i beni favorivano la maggior concorrenza nelle successioni legittime. Intanto l'elemento cristiano s'impadroniva della legislazione romana ed informava il sistema successorio della novella 118 di Giustiniano legge di equità, di giustizia, di amore e di eguaglianza, che era destinata a divenire il codice successorio di tutti i popoli civili.

B. Crollato l'impero romano i barbari del settentrione invasero l'europa, fondarono il feudalismo e surse il sistema successorio feudale con lo scopo di perpetuare i beni nelle famiglie, mercè le prerogative di età, di sesso, e la distinzione dei beni per origine e per natura. Questo sistema eminentemente concentrico dominò lungo tempo ed in Francia ed in Italia, da non poter restare ignorato.

In Francia vi fu un tempo di dualismo legislativo tra i paesi di diritto scritto che ritennero il sistema successorio romano, e quelli di diritto consuetudinario che adottarono il sistema successorio feudale.

L'Italia ebbe anch'essa il dualismo che nel napoletano durò sino al 1809 epoca dell'adozione del Codice Napoleone. Si distingueva il diritto feudale dal diritto nazionale ch'era il romano modificato da **Federico II** con la costituzione **in aliquibus**.

I Longobardi per conservare i beni nelle famiglie escludevano le femine dalla successione paterna e materna quando vi erano maschi. In presenza di maschi, le femine avevano nulla; il loro destino riposava sulla generosità dei fratelli, che davano loro un dono di mo-

bili detto **fardefium**. In mancanza di maschi poi le femine ereditavano in concorrenza coi cognati e coi figli naturali. **Luitprando** mitigò questa dura legge di **Rotari** e volle che in mancanza di maschi l'eredità passasse per intero alle femine; ma i militi ed i baroni non rispettarono la riforma, e mantennero la legge di **Rotari**. Federico II con la costituzione *in aliquibus* migliorò alquanto il sistema chiamando alla successione del padre i figli d'ambi i sessi, con preferenza dei maschi, cosicchè in concorso di essi le femine escluse dall'eredità avevano diritto ad una dote secondo la condizione sociale propria, e dello sposo, perciò detta dote **di paraggio**. Se alla morte del padre non vi erano che sole femine ereditavano sole, escludendo agnati e naturali dalla eredità paterna. L'eredità materna era regolata dal diritto romano: purnondimeno il Sacro Regio Consiglio magistrato supremo nelle province napolitane in quel tempo, decise più volte doversi applicare la costituzione *in aliquibus*, anche alla eredità materna. La dote di paraggio assegnata dal padre alla figlia, non dava a questa diritto ad alcun reclamo di quantità, qualunque si fosse. Assegnata da tutt'altro che dal padre, non era precluso alla dotata l'adito al reclamo in caso di lesione. I dottori davano a questa dote di paraggio il carattere di legittima, e quindi le conseguenze; che non poteva gravarsi di pesi — che spettasse alla donna anche nubile, e **monacata** nel qual caso si diceva paraggio di ingresso, **paragium ingressarum** — che si poteva trasmettere agli eredi morendo la donna senza figli, o nel celibato.

Si è conteso però al paraggio questo carattere di legittima. Per vero questa dote di paraggio poteva esser minore della parte virile, e poteva anche superarla, quando per la distinta condizione della famiglia il matrimonio della donna si rendeva impossibile senza una dote vistosa. Inoltre, costituito il paraggio, la donna che lo aveva ricevuto non poteva più concorrere alla eredità coi fratelli, nè poteva conseguirsi altrimenti che con azion personale, cose tutte che non si affacevano con l'indole della legittima. Solo contro i terzi la giurisprudenza accordava l'azion reale per conseguire il paraggio, quando i maschi avessero alienato i beni ereditari senza soddisfarlo.

In mancanza di maschi e loro discendenti le donne ereditavano,

escludendo gli agnati e nella stessa maniera dei maschi, cioè quelle di primo grado in capi e le ulteriori in stirpi. In mancanza di femmine ereditavano gli ascendenti ed i collaterali, dividendo il retaggio secondo le leggi comuni.

Era questo il sistema successorio comune nel regno napolitano, ma le **consuetudini** portavano ancora delle modificazioni notevoli che possono compendiarsi così. Per la consuetudine **si moriatur aliquis** l'eredità paterna e materna doveva regolarsi con la costituzione *in aliquibus*, nell'eredità paterna non si dava luogo a preferenza di sesso tra fratelli e sorelle uterini cioè nati da diverso matrimonio. Per la consuetudine **si qua mulier** la consanguinea concorreva col fratello per lasciar la sua quota a lui in luogo della dote di paraggio. Nei beni materni il paraggio sostituito alla legittima doveva eguagliare questa, a differenza del paraggio sui beni paterni che poteva esser di più di meno o eguale alla legittima. Una sola dotazione di paraggio bastava per escludere la donna dalla linea donde l'aveva ricevuta, e quindi la sorella dotata dal fratello non aveva più diritto a ricevere il paraggio sui beni del padre, dopo la morte di lui. Dotata dal padre coi beni paterni e materni, era esclusa dall'una e dall'altra linea. Le donne giunte all'età di anni dodici compiuti se non avevano avuto il paraggio succedevano come maschi in concorso del fratello che avrebbe dovuto dotarle e non l'aveva fatto, tuttocchè posto in mora. Concorrevano pure alla eredità quando i fratelli rinunziavano alla prelazione, e la donna che per tali casi succedeva come maschio dicevasi **mascoliata**, e **mascoliazione** chiamavasi il diritto di ereditare con la porzione virile. Per la consuetudine **si quis vel si qua** il patrimonio di una famiglia si distingueva in beni provenienti dal padre e beni provenienti dalla madre, e nelle successioni intestate i beni erano devoluti ai parenti nella rispettiva linea donde la celebre massima **paterna paternis materna maternis**. Per l'applicazione di questa consuetudine i dottori distinguevano la linea, **effettiva** dalla linea **contentiva**. La effettiva era quella che partiva dal defunto e raggiungeva i suoi discendenti. La contentiva comprendeva il defunto e quelli della sua stirpe. Ora per la massima *foemina est finis familiae* la famiglia si collegava al padre, e quindi

la consuetudine **si quis vel si qua** si applicava alla linea **contentiva** per fare così che i beni della donna ritornassero ai suoi parenti. Fatta applicazione alle varie linee, ecco le conseguenze. Muore un padre lasciando figli da diverse mogli. Tutti concorrono all' eredità paterna quanto ai beni paterni. Ma per i beni che al padre comune eran pervenuti dalle rispettive madri, ciascuno prende la parte proveniente dalla madre sua. Lo stesso avviene nella ipotesi inversa della morte di una madre con figli di genitori diversi. Ecco la massima **paterna paternis** applicata alla linea discententale.

Nell' ascendente l' avo ed il proavo paterno era preferito ad ogni ascendente materno quanto ai beni paterni, e viceversa.

Nella linea collaterale i germani succedevano ai beni paterni e materni, i consaguinei prendevano i paterni, gli uterini i materni. Però in questa successione i gradi non erano misurati dalle generazioni come nel diritto comune, ma dalla prossimità alla linea alla quale appartenevano i beni. Quindi morto A. lasciando soltanto beni paterni, il proavo paterno escludeva l' avo materno, i zii paterni escludevano il fratello uterino. Per classificare i beni secondo l' origine non bisognava rimontare troppo oltre la fonte, ma soffermarsi alla prossima ed immediata. Due passaggi alteravano la natura dei beni locchè dicevasi avvenire *per binas manus mutationem*. **Tizio** avente beni paterni ne dotava **Caia** sua figlia. Alla morte di **Caia** erano superstiti uno zio fratello **uterino** della madre ed i parenti paterni. A **Caia** succedeva lo zio, perchè quei beni in origine paterni dati a Tizia e da Tizia a **Caia** *per binas manus mutationem* erano divenuti materni.

La successione ascendente era regolata dal diritto comune con la semplice modificazione della consuetudine **si quis vel si qua** circa alla distinzione dei beni in rapporto all' origine. Che però questa consuetudine per la massima *patre vel matre existente in medio cessat consuetudo*, non si applicava nella linea ascendente che nei gradi ulteriori a quello dei genitori. Per costoro la successione si regolava col diritto comune. La massima *patre vel matre existente in medio* fu per la prima volta insegnata dal celebre giureconsulto **Sebastiano di Napoli** detto il **Napodano** il più antico e più illu-

stre commentatore delle consuetudini. Egli insegnava al tempo stesso che i genitori per una abdicativa ed estintiva rinunzia potessero togliersi da mezzo nella successione dei figli. Badate alla importanza di questo principio. La consuetudine **si quis vel si qua** era diretta a conservare i beni nelle famiglie. Non applicata ai genitori, i beni si confondevano nella origine, quindi la escogitata rinunzia paralizzava l'eccezione, ed inconseguenza riformava la regola **paterna paternis**. L'escogitata rinunzia favoriva le famiglie patrizie, ed i nobili iscritti ai seggi di **Capuana e Nido** introdussero l'uso di apporre nei capitoli matrimoniali la rinunzia del padre alla successione dei figliuoli nascituri quanto ai beni materni, e la rinunzia della madre nei paterni. Sul loro esempio tutti se ne avvalsero, e l'uso detto di **Capuana e Nido** divenne generale, e fu approvato da Ferdinando il cattolico nel 1505.

I Proceri e Magnati ossia nobili famiglie degli altri seggi non accettarono la novità, si tennero all'antico sistema, quindi surse nel Napolitano un dualismo consuetudinario, donde la necessità di esprimere nei capitoli matrimoniali, se il matrimonio s'intendeva contratto all'uso di **Capuana e Nido** o alla **Vecchia maniera**.

La successione collaterale era regolata dalla consuetudine **sed si morienti**. Per diritto comune i fratelli e sorelle escludevano i gradi ulteriori. La consuetudine chiamò i discendenti dei fratelli premorti col diritto di rappresentazione in infinito, mantenendo sempre la regola **paterna paternis**. Valeva la prerogativa del sesso, l'equiparazione delle **mascoliate**. L'uso del foro trovò sovversiva di troppo la rappresentazione illimitata, e la limitò al sesto grado.

Occorre far menzione della rinunzia delle donne dotate di paraggio ad ogni successione. Le son cose che s'incontrano nei capitoli matrimoniali delle nostre ave, e quindi conservano per le provincie napoletane una seria importanza.

Le genti di origine germanica, oltre alle tante leggi che tendevano all'avvilimento della donna, avevano introdotto l'uso di farle rinunziare ad ogni futura successione. Il diritto canonico sanzionò l'osservanza di questa rinunzia quando era fatta con giuramento, e nel Napolitano le rinunzie si facevano con giuramento. La donna

dotata di paraggio dal padre non era poi esclusa dalla eredità materna o da quella di altri parenti. La rinunzia di qualunque eredità allontanava la donna dotata di paraggio da ogni futura successione da qualunque parte provenisse, quindi la rinunzia sacramentale era fatale per le donne del Napolitano. La giurisprudenza per mitigare gli effetti di questo spoglio giuridico ritenne, che questa rinunzia era personale e traslativa soltanto a favore dei fratelli; quindi morto il padre senza figli maschi, anche le figliuole che avevano rinunziato concorrevano colle nubili alla eredità. Se le rinunzianti erano monache, la rinunzia si considerava come reale ed estintiva per tutto ciò che era mondano, ed a favore di tutta l'agnazione e cognazione, quindi il monastero non poteva mai pretendere successione devoluta alla monaca.

C. Quando si trattava di beni feudali la successione procedeva altrimenti. E qui bisogna pur distinguere il sistema successorio feudale dal municipale.

Le leggi feudali comuni fan parte pel Digesto ove furono inserite in due libri col titolo *consuetudines feudorum*. Il diritto feudale municipale vi portò delle varianti positive. Eran tante le consuetudini feudali, quante erano le regioni italiane. Quelle che riguardavano le provincie napolitane furono raccolte nei **Defetari** collezione antichissima ma di cui non se ne conosce la storia. Non è possibile tener dietro agli statuti feudali municipali delle varie regioni italiane. Il sistema era uno per tutte, e sempre dominante il principio di concentrazione dei beni nelle famiglie.

D. Caduto il feudalismo cadde con esso il treno dei privilegi personali e reali. L'eguaglianza civile e politica guadagnò il campo del diritto, il principio di concentramento cedè il luogo all'opposto principio, cioè la diffusione della proprietà. Il sistema successorio seguì come doveva la rivoluzione politica. Il Codice francese abolì ogni distinzione di beni tanto in rapporto alla natura che alla origine, abolì ogni privilegio di sesso e di età, e richiamò il sistema successorio stabilito da Giustiniano nella novella 118, portandovi delle modificazioni nelle successioni ascendenti e collaterali. Nella linea privilegiata dei fratelli e sorelle non tenne alcun conto del doppio vin-

colo di parentela, nel quale i germani erano preferiti ai consanguinei ed uterini, e chiamò tutti a succedere egualmente. Disponeva però che i fratelli e sorelle escludessero gli ascendenti eccettuandone i genitori, ed in concorrenza con questi non ammise la divisione per capi, ma volle che la mettà spettasse ai genitori, la mettà ai figli e se uno dei genitori fosse premorto, un quarto spettasse al genitore superstite e tre quarti ai figli. Ammise nella stessa linea di fratelli e sorelle la rappresentazione illimitata come nella linea retta. Infine ordinò che la divisione dei beni per famiglie, ammessa da Giustiniano pei soli ascendenti a gradi uguali, fosse applicata ai collaterali e per tutti i gradi, assegnandosi metà dell'eredità alla linea paterna e l'altra metà alla linea materna, e ciò anche nel caso in cui in una linea vi fosse un solo ascendente superstite, e nell'altra dei collaterali in grado remoto.

Questa disposizione però non era nè savia nè giusta, era un effetto del sistema di transazione tra i due opposti sistemi successorii che vigevano in Francia, e come tutte le vie di mezzo partecipa dei difetti di ambedue gli opposti.

E. Questo ordine di cose durò nel Napolitano sino al 1816 quando si pensò ad una riforma legislativa. Lo spirito pubblico fluttuava ancora tra il vecchio ed il nuovo.

Alcuni speravano vedere risorta la feudalità e ristabilirsi sulla rovina delle nuove istituzioni civili; altri volevano conservare le novità modificandole. Fu istituita con decreto del 2 agosto 1815 una commissione legislativa, la quale senza attendere l'espletamento del lavoro generale pubblicò l'editto successorio del 26 gennaio 1816 col quale si cercò attuare un sistema di mezzo tra l'antico ed il nuovo.

Le antiche leggi davano la preferenza al sesso. Le francesi abolivano intieramente questa preferenza. L'editto del 1816 la ristabilì ma per la sola metà dei beni, dovendosi l'altra dividere egualmente tra maschi e femine.

Le antiche leggi annettevano alle disposizioni giustiniane sulla successione ascendente e collaterale la regola **paterna paternis**. Il nuovo diritto abolì questa regola, abolì tutte le modificazioni alla

novella 118, e richiamò questa in vigore in tutta la sua estensione. Così l'editto del 1816 nella linea retta discendentale contro il diritto di Giustiniano e di Napoleone, ebbe riguardo al sesso, dando la metà disponibile ai maschi esclusivamente, e nella linea ascendente e collaterale ricalcando le orme del diritto romano, ristabilì il doppio vincolo nella linea dei fratelli e sorelle. Restrinsse in conformità del diritto romano la rappresentazione ai soli figli dei fratelli e sorelle premorte, ma variando da quel diritto ammise la rappresentazione ancorchè non fosse superstita al defunto alcun fratello o sorella. Abolì la divisione dei beni ereditari per linee tra i collaterali a gradi uguali come la stabiliva Giustiniano.

Calmata l'agitazione politica che la rivoluzione francese ha diffuso nella Europa tutta, repressa le idee troppo spinte, dissillusi per sempre i fautori del feudalismo, nel 1819 il Napolitano si considerò alla portata di operare la sua riforma legislativa, e col codice pubblicato in quell'anno il sistema successorio fu stabilito sui principii della uguaglianza, e sulla bene intesa diffusione dei beni, quindi — abolito affatto ogni riguardo all'origine ed alla natura dei beni, ogni prerogativa di età e di sesso, riguardata solo la linea ed il grado nella chiamata dell'erede — la prossimità del grado unico criterio delle successioni ascendenti, senza badarsi alla distinzione dei beni nelle linee — abolito il riguardo al doppio vincolo nella successione collaterale, con la rappresentazione si eguagliarono i gradi ineguali dividendo per stirpi. Vi erano però delle quistioni transitorie che richiamarono la premura del legislatore napolitano.

Abolito il feudalismo i beni dovevano restar liberi e sciolti dal vincolo di trasmissione necessaria. I pesi che su di essi gravavano a favore dei secondogeniti per la **vita milizia** dovevano cessare, ma i secondogeniti dovevano avere un equivalente. Le rinunzie delle donne maritate erano d'irrecusabile effetto come convenzioni, ma immorali ed ingiuste al cospetto delle nuove leggi. Il patto di **Capuana e Nido** irrecusabile anch'esso come contratto, era contrario allo spirito del tempo. A tutto provvide il legislatore convertendo le **vite-milizie** in capitali, dichiarando di nullo effetto le rinunzie quanto all'eredità degli ascendenti essendo di pura iattanza, ma per le col-

lateralmente ostando il principio d'irretroattività delle leggi, furono mantenute nella loro integrità. Il patto di **Capuana e Nido** essendo un patto successorio subordinato alla condizione sospensiva di sopravvivenza dei genitori e quindi di diritto eventuale da determinarsi nel tempo in cui si verificava, non poteva esser considerato per le successioni aperte posteriormente alla pubblicazione delle nuove leggi che non riconoscono più la distinzione dei beni per origine.

46. Il Codice Italiano si trovò di fronte a varie legislazioni vigenti in Italia. Essa troncò nettamente quanto era difforme ai principii di civiltà e di progresso, e coordinò le sue disposizioni ai seguenti principii:

1.° Gli eredi legittimi e coloro che son chiamati in difetto di essi a raccogliere l'eredità di un defunto, e gli eredi che il testatore medesimo chiama alla sua eredità, non hanno preferenza innanzi alla legge.

2.° Nell'ordinamento della successione discendentale non si riconosce distinzione di sesso, di primogenitura, nè di origine o natura de' beni.

3.° Nell'ordine collaterale si ha un giusto riguardo al doppio vincolo di parentela, attenuando l'esclusivismo, e la negazione assoluta, estremi entrambi viziosi.

4.° La successibilità è limitata ad un grado definito che possa presumersi ancora obbiettivo dell'affezione del defunto, e continuazione della sua personalità nel grande scopo sociale.

5.° Nella successione dei naturali e del coniuge sopravvivate si è conciliato il riguardo dovuto alla famiglia che reclama rispetto ed onoranza per la prole legittima, con le ispirazioni schiette ed istintive della natura che invocano la garanzia e l'appoggio del diritto civile. Quanto al coniuge si è ripristinata la dignità della donna, dandole nella successione quel posto che corrisponde alla ragione ed alla presunta volontà del marito.

6.° In generale il principio di eguaglianza e discentramento della proprietà è quello che regola la parte economica della teoria successoria.

17. Il Codice per svolgere la teoria della successione determi-

na primieramente la capacità di succedere, tanto nel rapporto de' requisiti essenziali alla successione, che ai motivi che distruggono questa capacità e rendono il capace a succedere indegno di succedere (sez. I). Determina in seguito la teoria della rappresentazione per eguagliare la condizione dei successori (sez. II). Istituisce poi la scala successoria per determinare l'ordine in cui sono chiamati i successibili, cioè i parenti legittimi (sez. III), i figli naturali (sezione IV), il coniuge superstite (sez. V), lo stato (sez. VI).

SEZIONE I

Della capacità di succedere

18. La successione è un diritto di natura: la legge positiva non può sconsocerlo, può però modificarlo, o per regolarne lo svolgimento col criterio della opportunità o per condizionarlo in rapporto all'interesse sociale, ed alla concorrenza di diritti eguali e contrari.

Un diritto qualunque è inconcepibile senza subbietto. Subbietto in natura è l'uomo, ma non ogni uomo è subbietto di diritto in diritto positivo. E perciò che la legge in fatto di successione non determina nè poteva determinare capacità speciali. L'obbiettivo di una successione è l'acquisto di un patrimonio come mezzo di vita e di svolgimento. In fatto di vita e di svolgimento non vi è distinzione possibile di capacità: il subbietto naturale è subbietto civile: basta esistere per essere capace di succedere. Quindi,

Tutti sono capaci di succedere, salve le eccezioni determinate dalla legge. Art. 723.

Sono incapaci di succedere:

1.º Coloro che al tempo dell'apertura della successione non siano ancora concepiti;

2.º Coloro che non sono nati vitali.

Nel dubbio si presumono vitali quelli di cui consta che sono nati vivi. Art. 724.

Altrove si è detto che in fatto di attribuzione di diritti **conceptus** vale **natus**; si è detto con qual criterio si determina l'epoca del concepimento, e come si presume o si provi la vitalità.

19. Questa capacità di succedere va ostacolata dalla indegnità. L'**indegnità** è la privazione della capacità per motivi determinati. Vi sono dei motivi d'indegnità eminentemente razionali e morali, ve ne sono altri sostenuti dalla legge positiva per principii di ordine pubblico e d'interesse sociale. Però qualunque essi siano, trattandosi di privazione di diritto debbono essere precisamente determinati dalla legge, perchè l'arbitrio non attenti alla inviolabilità del diritto.

20. Succedere vale mettersi in luogo di colui cui si succede in rapporto alla **universalità** dei suoi diritti o ad una parte di essi, vale assumere e rappresentare la personalità del defunto. Come può assumere e rappresentare la personalità del defunto colui che ha violata quella personalità istessa nel più prezioso dei diritti la vita o la libertà di azione? Sarebbe il caso dell'assassino che uccide e veste gli abiti della sua vittima. Si verificherebbe un fatto da cui rifuggono la ragione, la morale, e la coscienza sociale, interessati a non incoraggiare il delitto con la speranza di goderne gli effetti. La ragione, la morale, la coscienza pubblica, l'interesse sociale sostengono i motivi d'indegnità sanzionati dalla legge civile.

Sono incapaci, come indegni, di succedere:

1.° Chi avesse volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta;

2.° Chi la avesse accusata di reato punibile con pena criminale, quando l'accusa sia stata dichiarata calunniosa in giudizio;

3.° Chi la avesse costretta a far testamento od a cangiarlo;

4.° Chi la avesse impedita di far testamento o di revocarlo il già fatto, o avesse soppresso, celato od alterato il testamento posteriore. Art. 725.

21. Tutti questi motivi d'indegnità sono sostenuti dall'offesa gravissima arrecata alla personalità del defunto. Ma questa personalità può essere offesa in quei diritti che non sono da meno della vita e della libertà nella estimazione della coscienza pubblica. L'amore per

esempio, vale quanto o più della vita: un danno gravissimo alle sostanze della persona a cui si succede, un attentato alla vita dei suoi figli e del coniuge e dei genitori di lui son forse da meno del 3.^o e 4.^o motivo d'indegnità? E pure la legge non fa alcun conto di tali motivi, che pure erano contemplati nell' art. 540 del Codice Austriaco vigente nel Lombardo Veneto, nè il Magistrato può ritenerli, usando la interpretazione estensiva.

L' art. 725 non è una delle più felici redazioni del nostro Codice. Si osservi il num. 4.^o e la sua parola **posteriore**. Questa parola determina il senso della disposizione legislativa a considerare come causa d' indegnità la **soppressione**, il **celamento**, o l' **alterazione** di un testamento **fatto dopo** di aver subito l' impedimento a fare o revocare un testamento già fatto; in altri termini è indegno di succedere colui che dopo di avere **impedito** una persona a *fare* testamento, o di *revocare* il testamento già fatto, **sopprime**, **cela** od **altera** il testamento che quella persona avesse fatto appena cessato l' impedimento a *fare* o *revocare* un testamento. Cosicché questo motivo d' indegnità si verifica nella concorrenza di due fatti propri della medesima persona cioè, impedimento a fare o revocare — soppressione, celamento, alterazione del testamento fatto dopo cessato l' impedimento a fare o revocare. Per ragion dei contrari sopprimere, occultare, alterare un testamento qualunque non è motivo d' indegnità. Se questa intelligenza è esatta la conseguenza è irrecusabile *odia sunt restringenda*. Ed in questo caso noteremmo nell' ar. 725 una seconda omissione, imperocchè non vi è ragione per escludere tal causa d' indegnità.

Il num. 3.^o dell' art. 725 costituisce l' indegnità nel costringimento a fare o a cangiare testamento. Qual' è la giustificazione di questa indegnità? Il volere sostituire la propria volontà alla volontà del testatore. **Primo** non fa testamento e **Secondo** lo costringe a farlo. **Primo** fa il suo testamento e **Secondo** lo costringe a cambiarlo. **Primo** vuol fare il suo testamento e **Secondo** lo impedisce. **Primo** vuol revocare il suo testamento e **Secondo** lo impedisce. **Primo** ha fatto il suo testamento, **Secondo** lo sopprime, lo cela, lo altera.

Tutte queste posizioni sono identiche: è sempre **Secondo** che vuole sostituire la propria volontà alla volontà di **Primo** in fatto di successione. Sopprimere il testamento fatto, vale volere che **Primo** muoia intestato; impedire che **Primo** faccia testamento vale volere che muoia intestato. Perché **Secondo** è indegno di succedere a **Primo** quando lo impedisce a testare, e non lo è quando sopprime il suo testamento? Perché è indegno nel solo caso di soppressione celamento o alteramento di un testamento **posteriore**, e non lo è quando sopprime cela o altera un testamento precedente? E pure una è sempre la volontà delittuosa, identico è l'effetto: la successione di un uomo non è fatto di lui, ma di un terzo che sostituisce la volontà propria a quella del testatore.

Ritenuto che la soppressione, il celamento l'alterazione di un testamento qualunque sia giusta causa d'indegnità la parola **posteriore** è assolutamente un fuor d'opera. Ma questa causa d'indegnità attaccata al fatto di soppressione, celamento o alterazione di un testamento qualunque non è ritenuta dal Codice italiano, nè può essere ritenuta per analogia. Difatti di che natura è questa legge di indegnità? è dedita *contra naturam juris* o introdotta *propter utilitatem*? Certo la legge d'indegnità è legge di ragione, di morale, e la morale è il diritto primo, la ragione del diritto. Dunque è autorizzata l'interpretazione estensiva per argomento di analogia. Ma nel caso in cui versiamo vi è un fatto speciale del legislatore che vieta questo argomento. Per vero l'argomento di analogia nella specie dipende dalla soluzione della quistione « *la morale pubblica è scossa egualmente dalla soppressione di un testamento da quello che lo è dall'impedimento a testare?* » Certo che sì: dunque l'analogia dei due casi è patente. È egualmente immorale sopprimere un primo testamento che sopprimerne un secondo? Certamente sì: dunque è indegnità tanto la soppressione di un primo, che di un secondo testamento: ma il legislatore espressamente dice indegnità la soppressione di un testamento **posteriore**, dunque la parola **posteriore** vieta comprendere l'**anteriore**, vieta estendere l'indegnità al fatto di soppressione del primo, dell'unico testamento.

22. È appena necessario di cennare che per gli effetti della in-

degnità la causa dev'essere una **verità**, quindi vi è necessaria la prova, e questa deve farsi da colui che allega il fatto a cui si attacca l' indegnità.

23. Quanto all'omicidio tentato, mancato o consumato i Codici Francese Napolitano e Parmense esigevano la prova autentica risultante dalla sentenza di condanna. Il Codice Italiano vuole la prova comunque sia tanto per l'omicidio, che pel costringimento, impedimento, soppressione celamento o alterazione del testamento. Per la calunnia esige la dichiarazione in giudizio, vale a dire che una sentenza dichiari calunniosa l'accusa di reato punibile con pena criminale, presentata contro il defunto da colui che domanda essergli erede.

Si noti però che l'articolo dice in sostanza meno di quello che lo si voleva far dire, come risulta dal processo verbale della commissione coordinatrice, tornata 11 maggio 1863, quando si dichiarava che nel num. 1 con le parole *chi avesse volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta*, non si allude soltanto a chi fosse stato condannato in giudizio criminale per tale reato, ma anche a colui a di cui carico, anche in giudizio civile, fosse provato esserne stato autore, e ciò quando anche l'azione penale fosse estinta per prescrizione, per morte dell'imputato o per qualsiasi altra causa; e che alle parole *chi l'avesse accusata* del num. 2, non si deve dare il senso strettamente legale, secondo il quale lo stato di accusa non è altro che quello dell'imputato rinviato davanti alla corte di assisie, in esecuzione di una sentenza della sezione di accusa, ma vi si debba invece attribuire il senso che ha quella parola nel linguaggio comune, di guisa che il suddetto num. 2 debba intendersi come se dicesse—chi avesse fatta *denunzia* o data *querela* contro la persona della cui successione si tratta.

E perchè l'articolo in esame non parla di dolo? Ne parlava il progetto ministeriale il quale vi contemplava anche il costringimento con violenza o l'inducimento con dolo a fare o cambiare testamento, e la dolosa soppressione del testamento: lo esigevano il Codice Austriaco come elemento d'indegnità, il Codice Parmense e l'Albertino. Il dolo

è la violenza morale. Tanto è costringere taluno a fare o non fare una cosa con violenza, quanto è indurlo a fare o non fare con quel treno di parole e di fatti che lusingano, raggirano e costringono la volontà illusa di un uomo a determinarsi ad un'azione od inazione. Costringere significa usar violenza, e la violenza è fisica quando si usa la forza, è morale quando si usa il dolo il raggio la frode.

24. Un'azione delittuosa sotto qualunque fisionomia si presenta va sempre punita con pena afflittiva o pecuniaria alla quale niuno può sottrarsi quando il reato è di azione pubblica tuttochè ottenga dall'offeso una dichiarazione di desistenza, un generoso perdono. La pena in genere è la privazione di un diritto per un diritto violato. La indegnità non è la privazione di un diritto, ma di una **capacità**; rigorosamente parlando non è una pena. L'offeso può senza lesione della ragione penale riabilitare l'indegno. Certamente tra le cause d'indegnità vi sono dei fatti che assumono carattere di reato e non appartengono alla ragion civile, hanno il loro sviluppo indipendentemente dalla volontà dell'offeso e dalla sua apprensione. Colui che uccide o tenta di uccidere un uomo cade sotto le sanzioni del codice penale, il quale punisce senza impacciarsi della indegnità. L'indegnità d'altronde sussiste tuttochè l'azione penale sia estinta. Le due procedure si svolgono l'una indipendentemente dall'altra senza pregiudicarsi. Il condannato per omicidio o per calunnia si presenta a domandare l'eredità della sua vittima e la raccoglie, se la sua indegnità non è eccepita, ovvero se fu riabilitato dall'offeso. La legge civile non ha ragione di opporsi a questa riabilitazione che non ha risalto nell'ordine pubblico, e le di cui conseguenze colpiscono sempre interessi privati. L'ordine pubblico è interessato quanto alle attribuzioni di capacità cioè all'essere succedibile o meno, ma quando una persona entra nella capacità di un diritto è indifferente per l'ordine pubblico se per la sua concorrenza si dia luogo ad una modificazione nella quantità dei diritti concorrenti. D'altronde ove volesse farsi appello alla morale sarebbe sempre da controponersi alla turpitudine dell'offesa la generosità del perdono, e nella opposizione tra il male ed il bene la morale riuscirebbe sempre vittoriosa. In ultima analisi la legge regola le successioni

sulla presunta volontà dell'uomo, e priva dell'eredità l'indegno perchè lo presume escluso dall'offeso. Quando l'offeso riabilita, la legge non può volerne di più. Si appaga, ma esige che la riabilitazione risulti da un atto tale che non lascia dubbio sulla sua realtà, è questo atto è l'**autentico** o un testamento posteriore all'atto costitutivo d'indegnità.

Chi fosse incorso nella indegnità, può essere ammesso a succedere, quando la persona della cui successione si tratta, ve lo abbia espressamente abilitato con atto autentico o con testamento. Art. 726.

Questo articolo fu preso dal codice napolitano ove era nuovo. I codici, Francesi, e Albertino ed altri dominanti in Italia non ammettevano la riabilitazione.

25. Gli effetti della indegnità sono analoghi allo scopo assegnato ad essa: escludere dalla successione l'indegno vale privarlo d'ogni lucro o provento della eredità; quindi

Chi fu escluso come indegno è obbligato a restituire tutti i frutti e proventi, dei quali avesse goduto dopo aperta la successione. Art. 727.

Ad ogni modo l'indegnità è un fatto personale che non può estendersi in danno di altri; perciò,

L'indegnità del genitore od ascendente non nuoce ai suoi figli o discendenti, sia che succedano per ragion propria, sia che succedano per rappresentazione.

Ma il genitore non ha sulla parte di eredità devoluta ai suoi figli i diritti di usufrutto e di amministrazione che la legge accorda ai genitori. Art. 728.

26. Nel diritto romano erano incapaci di succedere gli eretici e gli apostati — i colpevoli di alto tradimento compresi i figli e figlie del colpevole — i condannati a morte — le donne turpi — la vedova che si rimaritava nell'anno di lutto — i non esistenti, con la regola *qui in utero sunt in toto pene jure civili intelliguntur in re-*

rum natura esse. Si quistionava nelle scuole quando dovevasi dire **nato vivo** e si richiedevano tre fatti: 1.° completa separazione del feto dal corpo materno—2.° vita compiuto il parto—3.° forma umana e non mostruosa. I Sabiniani esigevano un 4.° fatto, i gemiti del feto. **Giustiniano** abolì questo quarto estremo compiacendosi di aver deciso una vecchia quistione *quod certatum est apud veteres nos decidimus* (1).

Quanto alla indegnità la teoria romana era poco edificante. Si era fatta di essa una ragion fiscale un fondo di rendita erariale. Vi era una lunghissima serie di azioni ed omissioni da parte dell'erede, del legatario, del fedecommissario alle quali si attaccava l'indegnità con effetto di non raccogliere, ovvero di non conservare la successione, il legato, il fedecommissato devoluto così al fisco con la denominazione di **ereptum, ereptitium** che per eccezione alle volte si attribuiva ad altre persone.

Erano casi d'indegnità con devoluzione dell'**ereptitium** al fisco 1.° quando nel caso di uccisione del testatore un'erede faceva l'addizione o domandava la **possessio bonorum**, o procedeva all'apertura del testamento prima che fosse terminato il processo penale per scoprire l'autore—2.° quando l'erede cagionava la morte del testatore—3.° quando il testatore revocava l'istituzione di erede senza annullare tutto il testamento, gli eredi istituiti e revocati si consideravano indegni ed il fisco subentrava ad essi—4.° quando taluno istituito erede come figlio del testatore si liquidava supposto—5.° quando l'erede, vivente ancora il testatore, disponeva dell'eredità senza intesa di lui—6.° quando taluno per violenza o dolo impediva al testatore di fare o cambiare il testamento: questa indegnità comprendeva pure i figli e gli schiavi dell'indegno—7.° quando impugnato un testamento con la querela **inofficiosi** e come illegale o falso si soccombeva in definitiva. In tal caso l'indegnità comprendeva l'attore, i figli, gli schiavi, ed i testimoni, i garanti, difensori adoperati

(1) L. 3 C. de posthumis.

in giudizio dall'attore, ed anche il giudice che aveva deciso in suo favore quando la sentenza era revocata dal giudice superiore — 8.º quando il chiamato all'eredità contrastava lo **stato** al testatore — 9.º quando scientemente si contraeva un matrimonio vietato, si deveniva indegno verso il coniuge.

Con devoluzione dell'**ereptitium** ad altre persone erano indegni: 1.º il legatario quando fosse divenuto nemico del testatore o non avesse curato l'incarico affidatogli di celebrare i funerali del testatore, nel quale caso il legato si raccoglieva dal gravato — quando non accettava l'incarico di educatore e di tutore dei figli del testatore, nel qual caso il legato si devolveva a costoro — 2.º i prossimi eredi quando trascuravano di far nominare un tutore o un curatore al ventre o al furioso, e la persona fosse morta nello stato d'incapacità di testare. In tal caso l'eredità si devolveva al grado seguente — 3.º la madre nella successione dei suoi figli, quando vedovata ed esercitando la tutela passava a seconde nozze senza dar conto e senza curare che si destinasse loro un tutore — 4.º i fratelli e le sorelle che avevano insidiato alla vita del defunto fratello o gli avevano mosso accusa in giudizio penale, o avevano tentato di fargli perdere il patrimonio — 5.º i successori di un demente quando lo avevano trascurato ed un terzo dopo averli inutilmente richiesti per iscritto avesse assunto la cura del demente sino alla morte di lui. In tal caso questo terzo raccoglieva l'eredità intestata a danno dei legittimi incorsi nella indegnità. Finalmente per la novella 115 di **Giustiniano** incorrevano nella indegnità gli eredi legittimi del prigioniero di cui avevano trascurato il riscatto. In tal caso l'eredità si devolveva alla chiesa del domicilio del prigioniero per lo scopo del riscatto dei prigionieri.

Il fisco accordava la metà dell'**ereptitium** o delle **caduca** a coloro che ne denunziavano i casi, premio che **Nerone** ridusse al quarto, donde i denunzianti si dissero **quadruplatores**, ma che in seguito fu necessità di abolire non solo, ma di convertire in pena, tanto era cresciuto l'abuso delle denunzie. Però ai possessori dei beni quando volontariamente ne facevano rivela si rilasciava la metà.

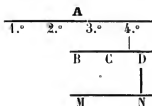
Della rappresentazione

27. L'eguaglianza tra i coeredi è il principio regolatore delle successioni legittime. Il criterio dell'attribuzione è il grado di parentela. Tra i gradi eguali l'attribuzione è per capi.

Avviene però che taluni eredi si trovino materialmente disuguali di grado in una eredità alla quale concorrono, mentre che in diritto sarebbero eguali ove prendessero il posto del loro autore premorto. Questa posizione ristabilisce l'eguaglianza. Prendere il posto del proprio autore dicesi **rappresentazione**.

La rappresentazione ha per effetto di far entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado e ne' diritti del rappresentato. Art. 729.

28. La successione si devolve in ordine di linee, cioè la discendentale, l'ascendentale, la collaterale.



Nella linea discendentale la rappresentazione non si arresta a gradi. Anche dei più remoti, ciascuno risale al posto che gli è dovuto. Gli eredi legittimi di A sono i suoi figli tutti viventi: tutti dividono per capi, ma se uno è premorto i figli di lui rimontano nel posto del padre e prendono

la sua parte. La divisione in tal caso si fa per stirpi, e ciascuna stirpe si suddivide per capi.

Sia A il defunto che lascia 1.°, 2.° e 3.° figli viventi, 4.° premorto di cui son figli B, C viventi, e D premorto avendo figli M, N. L'eredità di A si apre a favore dei suoi figli che son quattro. Se fossero tutti viventi e l'eredità fosse di 100 mila lire, ciascuno prenderebbe 25 mila lire, e la eredità sarebbe divisa per capi. Ma perchè 4.° è premorto, viene in luogo di lui la sua stirpe rappresentata da B, C, M, N e prende le lire 25 mila a lui dovute. Queste 25 mila lire debbonsi dividere tra B, C e la stirpe di D pre-

morto rappresentata da M, N quindi B e C prendono ciascuno lire 8333, 33, M, N prendono insieme altrettanto che suddividono tra loro per capi e prendono lire 4166, 66 per ciascuno. Così la rappresentazione mette M, N in luogo di D, e B, C in luogo di 4.º per eguagliarli tutti nella divisione dell' eredità di A.

È chiaro con questo esempio il razionale concetto della legge:

La rappresentazione nella linea retta discendente ha luogo in infinito e in tutti i casi, sia che i figli del defunto concorrano coi discendenti di altro figlio premorto, sia che tutti i figli del defunto essendo mancanti di vita prima di lui, i discendenti di detti figli si trovino fra loro in gradi eguali od ineguali, e quantunque in parità di grado vi sia disuguaglianza di numero in alcuna stirpe di essi Art. 730.

29. Tra gli ascendenti non vi ha rappresentazione: il prossimo esclude gli altri. Tutte le legislazioni furono e sono concordi su questo estremo riproducendo la massima romana, *ascendens proximior remotiorem semper excludit*. L'avo esclude il bisavo. Il regresso è contro natura. Il fiume non rimonta alla sorgente.

Tra gli ascendenti non vi ha rappresentazione: il prossimo esclude gli altri. Art. 731.

30. La rappresentazione ha pur luogo nella linea collaterale:

Nella linea collaterale la rappresentazione è ammessa in favore dei figli e discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto, sia che essi concorrano alla successione coi loro zii o zie, sia che essendo premorti tutti i fratelli e le sorelle del defunto, la successione sia devoluta ai loro discendenti in gradi eguali od ineguali. Art. 732.

A, muore senza discendenti o ascendenti lasciando soltanto fratelli e nipoti da fratello o da sorella premorta. La successione è devoluta all'ordine collaterale. I fratelli di A escluderebbero i nipoti per ragioni di grado, ma sarebbe una ingiustizia. Col genitore vivente una quota del patrimonio di A sarebbe entrata nella loro famiglia. Si accrescerebbe la loro sventura escludendoli dalla eredità. Per la rap-

presentazione essi prendono il luogo del genitore, e concorrono con gli zii alla eredità di A prendendo la parte devoluta alla loro stirpe, per dividerla tra loro per capi.

Dato che non esistessero nè fratelli nè sorelle di A ma i loro figli e discendenti sia di prima che di seconda o d'ulteriore generazione, ciascuno per rappresentazione prende il posto del suo autore, si stabiliscono le stirpi, si divide per stirpi, si suddivide per capi e si otterrà l'eguaglianza. Osservate che per formare le stirpi la rappresentazione ha luogo all'infinito anche nell'ordine collaterale purchè il rappresentato rientri nei gradi successibili.

31. La **stirpe** è il gruppo dei parenti che discendono da un medesimo stipite. La stirpe si dirama in altre stirpi. Tra le stirpi si divide sempre per capi in ciascuna di esse.

In tutti i casi ne quali la rappresentazione è ammessa, la divisione si fa per stirpi.

Se uno stipite ha prodotto più rami, la suddivisione si fa per stirpi anche in ciascun ramo, e fra i membri del medesimo ramo la divisione si fa per capi. Art. 733.

32. Se colui cui è devoluta una eredità è vivente egli esclude tutti coloro che verrebbero senza di lui a mettersi in suo luogo. Ciò è della più chiara evidenza. Ma questo uomo che dovrebbe raccogliere l'eredità è assente o indegno. Se assente è già noto che coloro che senza di lui sarebbero chiamati alla successione, prendono il suo posto per conservarlo o lasciarlo, secondo i modi e condizioni stabilite nel titolo dell'assenza. Se è indegno, si è detto che egli resta organo di trasmissione per far passare la successione a coloro che verrebbero senza di lui, quindi il principio:

Si può rappresentare la persona alla cui successione si è rinunciato. Art. 735.

33. Questo articolo contiene un precetto che razionalmente non può giustificarsi.

La eredità non passa ai gradi successivi di salto, ma per or-

gano del grado che precede. Il passaggio di eredità non è necessario, può eludersi col rifiuto dell'interessato. Questo rifiuto dicesi rinunzia di eredità. Effetto di questa rinunzia si è quello di troncare ogni rapporto di successione tra il rinunziante e colui alla di cui eredità si è rinunciato. Or data la rinunzia, rotto ogni rapporto tra questi due enti in fatto di successione, per ripristinarsi tal rapporto è necessario per lo meno che nulla osti, nè un principio di giustizia, nè un principio di morale. Ma questa ripristinazione è contraria ed alla morale ed alla giustizia.

È contrario alla morale che da una azione per lo meno non buona, nascano effetti tali che siano per gli agenti un utile, un vantaggio, un bene.

Cosa fa colui che rinunzia alla eredità di un uomo?

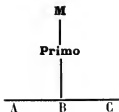
Sconosce l'entità economica di lui, rifiuta di pagare i suoi debiti, rende pubblica la sventura, l'ignoranza e possibilmente la mala fede del suo autore. Egli insulta alla sua memoria, egli per lo meno non è geloso dell'onore, non ha pietà del nome di lui. È morale quest'atto di rinunzia, questo sconoscimento della personalità rappresentata oltre tomba da un nome, da una memoria onorata? La società che inesorabilmente pronunzia i suoi verdeti di censura, guarda bieca quel padre che lascia incancellata la vergogna di quel figlio che ha rimasto scoperto il suo debito di giuoco. Essa non perdona il padre che non si affretta a coprire i vizi di un figlio dissipato. E questa società non si scuote all'atto del figlio, che con un rifiuto di eredità mette sulla piazza la sventura o gli errori del padre? La morale non ha due pesi e due misure. L'interesse può scusare, ma non moralizzare un azione.

Se la rinunzia alla eredità è un atto immorale, se la rappresentazione distrugge l'effetto della rinunzia, se dalla assunzione di questa rappresentazione sorge un bene pel rinunziante, questa ripristinazione è un fatto immorale.

La ripristinazione del rapporto successorio fa sì che colui, che ha già rinunciato all'eredità, e commessa con ciò una immoralità, prende parte alla eredità devoluta posteriormente alla rinunzia al suo rappresentato, e viene a goderne i vantaggi mentre si è sottratto dai

pesi e dagli oneri, che lo colpivano per quel rapporto che ha rotto con la rinuncia alla eredità. L'immoralità produce un bene. L'effetto è una violazione della moralità.

Nè basta, anche il principio di giustizia può restarne scosso.



Dato che gli eredi di **Primo** siano tre, A e B accettano l'eredità, C la rinuncia. I due eredi che per avventura trovano un passivo esuberante pagano i debiti di **Primo** rifondendo di proprio 3 mila lire per ciascuno. M padre di **Primo** muore e vengono all'eredità A e B i quali senza di C trovano nell'eredità di lire 18 mila il compenso delle 3 mila lire pa-

gate per **Primo**. Ma C avvalendosi del diritto di rappresentazione concorre alla eredità e prende integre 6 mila lire, che toglie ad A e B a cui sarebbero spettate senza di lui. Così chi rispetta la memoria del padre e sacrifica il suo patrimonio in onore di lui ha minor vantaggio di colui che l'ha disprezzata ed avvilita.

È la morale, è la giustizia che al tempo stesso si oppongono a conseguenze siffatte.

Dato che l'eredità di **Primo** fosse rimasta deserta perchè insolubile, i suoi creditori han subita la perdita delle loro ragioni. Alla morte di M essi potrebbero rifarsene se **Primo** fosse vivente. Ma lui morto i suoi figli, che hanno rinunciato alla sua eredità raccolgono l'eredità dell'avo in barba dei creditori del padre. Dato che questo padre avesse consumato il suo patrimonio per dare ai suoi figli una brillante educazione superiore ai suoi mezzi ed alla sua condizione, questi figli in brillante condizione sociale acquistata col danaro dei creditori, godono per rappresentazione di **Primo** una eredità sulla speranza della quale i creditori avevano fondato il credito accordato a **Primo**. Vi è della immoralità su tutta la linea in questa rappresentazione dell'uomo alla di cui eredità si è rinunciato.

Nè si dirà che questo diritto di rappresentazione viene dalla legge così che nell'assumerla nulla si prende da colui alla di cui eredità si

è rinunciato. Non è la legge che crea la rappresentanza *propter utilitatem*, ma la legge che serve ad un principio di giustizia e di ragione quella che mette il discendente in luogo del suo autore di fronte ad un patrimonio, che serve allo svolgimento degli individui e delle generazioni. Or quando un individuo trova che quel patrimonio lungi dall' essergli mezzo di svolgimento sarebbe per lui fatale, egli per una legge dettata dall' utilità può ricusarlo, ma non può poi trovare in questa legge una combinazione che lo abiliti a danneggiare i diritti altrui per riprendere una lucrosa condizione, dalla quale si era volontariamente sottratto. Per l' opposto sarebbe giusto che la rinuncia ostasse alla rappresentazione, o che potesse rappresentarsi un uomo alla di cui eredità si è rinunciato, ma assumendo quella qualità che va a rappresentare, e con essa tutte le obbligazioni di risulta.

34. Le leggi delle XII tavole non riconoscevano rappresentazione: *pariter ad haereditatem vocantur neque qui proximior est esteriorem excludit*. Il diritto Pretoriano l' introdusse nella linea discendentale. **Giustiniano** col capo III della novella 118 l' ammise a favore dei soli figli da fratelli defunti, nella successione collaterale. Egli però non aveva preveduto il caso di concorrenza di cugini tra loro ad una eredità, quindi si è tanto quistionato se l' eredità in tal caso dovesse dividersi per capi o per stirpi. **Azone** sosteneva la successione per capi, per la ragione che la rappresentazione era regola nella linea discendentale, eccezione nella collaterale, e perciò non poteva estendersi oltre il caso previsto. **Accursio** per l' opposto opinava doversi nel caso dividere per stirpi, non riconoscendo razionale differenza tra nipoti *ex filio* e nipoti *ex fratre*. In Francia si accolse l' opinione di **Accursio**, e si ammise la rappresentazione collaterale nell' istessa maniera della discendentale cioè illimitata. Il Codice italiano ha pure seguito **Accursio** ammettendo però l' opinione di **Azone** nel caso di concorrenza di soli nipoti.

In diritto romano tutti gli eredi intestati succedevano **jure proprio**, e la successione per rappresentazione era inutile nel senso che i parenti più lontani non avevano bisogno di rappresentare i prossimi per giungere alla eredità di un lontano parente. Così era indifferente in quel sistema che si avesse o no rinunciata l' eredità di

colui che si voleva rappresentare. Nel sistema del codice tuttoché la sede della successione legittima è la famiglia col criterio della prossimità di parentela è chiaro che non può venirsi alla successione **nomine proprio**, ma bisogna rappresentare il grado prossimior che altrimenti sarebbe una barriera all' adizione di quella eredità. Questa barriera non può vincersi una volta che si è distrutta la catena successoria con la rinunzia alla eredità dell' anello di congiunzione. Ciò conferma l' erroneità della rappresentazione dell' uomo alla di cui eredità si è rinunziato.

SEZIONE III.

della successione dei parenti legittimi

35. La successione legittima dipende unicamente dal fatto costante della parentela col criterio della prossimità. Chi sono i parenti di un uomo? I figli e loro discendenti che costituiscono la linea discendentale — i genitori, gli avi, i bisavi e via che formano la linea ascendente — i fratelli le sorelle e loro discendenti che formano la linea collaterale. I figli sono la riproduzione dei genitori, la continuazione della loro personalità. Sono causa ed effetto, e nessun vincolo è maggiore di quello che passa tra il produttore ed il suo prodotto. Il vincolo è ben l' istesso sia che scendi dalla causa all' effetto sia che rimonti dall' effetto alla causa; ma il cammino della vita umana procede sempre, il regresso è contro natura. Il patrimonio parte materiale della umanità e mezzo del suo svolgimento cammina come l' individuo e le generazioni che si succedono. Nella vita morale il figlio succede al padre, nella vita materiale il patrimonio del padre deve passare al figlio. Il primo ordine naturale della successione legittima è la linea discendentale.

La natura in fatto di svolgimento umano non riconosce differenza di sesso o di età. I sessi sono un fatto necessario di fronte alla umanità, elementi che si completano a vicenda, l' uno non è meno

dell'altro. L'età è una contingenza che non ha alcuna influenza nei grandi fini dell'umanità, per quanto è naturale nell'economia del concepimento e della generazione. La legge positiva non può creare distinzioni di sesso o di età in fatto di attribuzione di un mezzo di svolgimento altrimenti che per servire ad un principio politico, ad uno scopo sociale giustificabile solo col principio di utilità. Il sistema politico italiano fondato sulla eguaglianza di tutti su tutto non poteva riconoscere privilegio di sesso o di primogenitura caduto per sempre col feudalismo: quindi

Al padre, alla madre e ad ogni altro ascendente succedono i figli legittimi o i loro discendenti, senza distinzione di sesso e quantunque nati da matrimoni diversi.

Essi succedono per capi, quando sono tutti in primo grado; per stirpi, quando tutti o alcuni di essi succedono per rappresentazione. Art. 736.

Sotto nome di figli legittimi s'intendono anche i figli legittimati, gli adottivi e i loro discendenti.

Però i figli adottivi e i loro discendenti succedono bensì all'adottante in concorso anche dei figli legittimi, ma sono estranei alla successione di tutti i congiunti dell'adottante. Art. 737.

In mancanza dell'ordine discendentale il vincolo di effetto a causa non ha competitori. L'amore che non discende, ascende, rimonta alla sua origine, ed il patrimonio della famiglia che non ha più scopo nell'ordine progressivo, ritorna a congiungersi con quello da cui si è distaccato. L'ordine ascendente è naturalmente chiamato alla successione in difetto del discendentale. Il patrimonio rimonta dal basso in alto e trova da prima i genitori ai quali si arresta, incontrando in essi il capo della famiglia a cui deve unirsi, ed in difetto dei genitori passa agli avi, ai bisavi e gradi ulteriori, arrestandosi sempre al primo di essi in qualunque linea lo trova. In gradi eguali investe tutti egualmente, cioè per capi, e dividendosi in due parti resta per una metà alla linea paterna e per l'altra alla materna, qualunque sia la origine e derivazione dei beni di cui si compone.

A colui che muore senza lasciar prole, nè fratelli o sorelle, nè di-

scendenti da essi, succedono il padre e la madre in eguali porzioni, o quello dei genitori che sia superstite. Art. 738.

A colui che muore senza lasciar prole, nè genitori, nè fratelli o sorelle, nè discendenti da questi, succedono per una metà gli ascendenti della linea paterna e per l'altra metà gli ascendenti della linea materna, non avuto riguardo all'origine dei beni.

Se però gli ascendenti non sono in egual grado, l'eredità è devoluta al più vicino senza distinzione di linea. Art. 739.

Non ci preoccupiamo per ora delle parole *a colui che muore senza lasciar prole nè fratelli e sorelle* comprese nell'art. 739. Esse accennano alla successione di concorso che diremo **mista** e di cui appresso terremo parola.

Presentemente ci occupiamo della progressione delle successioni **semplici**.

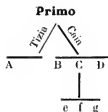
In mancanza di discendenti ed ascendenti il patrimonio ereditario investe i collaterali come esseri che si comprendono nella famiglia ed hanno la medesima origine, fratelli e sorelle in primo grado, congiunti, nei gradi ulteriori sino a che la traccia della parentela va quasi a sperdersi, locchè si ritiene verificato al grado undecimo. In esso diceva **Pisanelli** non s'incontrerebbe più nè la presunta volontà dell'uomo nè la legittima aspettativa dei successibili. D'altronde allontanati cotanto i vincoli del sangue, val meglio investire dei beni di un uomo lo Stato, ch'esseri ai quali sarà financo ignorata la sua esistenza. Quindi;

A colui che muore senza lasciar prole, nè genitori, nè altri ascendenti, succedono i fratelli o le sorelle per capi e i loro discendenti per stirpi.

I fratelli però o le sorelle consanguinei od uterini e i loro discendenti, concorrendo con fratelli o sorelle germani o loro discendenti, hanno diritto alla sola metà della quota che spetta ai germani. Art. 741.

Morendo alcuno senza lasciare prole, nè genitori, nè ascendenti, nè fratelli o sorelle, nè discendenti da essi, la successione si apre a favore del congiunto o dei congiunti più vicini al defunto, senza distinzione di linea paterna o materna.

La successione non ha luogo tra i congiunti oltre il decimo grado. Art. 742.



Tutto ciò è rigorosamente razionale meno la preferenza accordata ai germani sugli unilaterali cioè la prerogativa del doppio vincolo. La posizione è questa: **Primo** con **Tizia** genera A; con **Caia** in seconde nozze genera B C D. Muore D premorto i suoi genitori e senza discendenza. La sua successione legittima è devoluta ai fratelli A B C. Questi ultimi due sono

suoi germani cioè con lui congiunti col doppio vincolo paterno e materno. A, l'è consanguineo cioè congiunto con un sol vincolo in quanto che son figli di un medesimo padre ma di madri diverse. Dato che l'eredità di D sia 15 mila lire, B e C prendono 6 mila lire per ciascuno A ne prende solo 3 mila. Dato che C fosse premorto lasciando tre figli e f g costoro prenderebbero per rappresentazione il luogo di C. Succedendo a D per stirpi in concorso di A e B avrebbero 6 mila lire da dividere tra loro per capi, ed in conseguenza realizzerebbero 2 mila lire per ciascuno. Insomma il collaterale di doppio vincolo prende parte doppia di quella che prende il collaterale di unico vincolo consanguineo od uterino. Perché ciò? Dove trovare la giustificazione di questa prerogativa?

È a sapersi che le passate legislazioni erano assai discordi sulla importanza di questo doppio vincolo. I due estremi erano in essere. I codici Romano, Albertino, Parmense ed Estense davano **tutto** al doppio vincolo cioè i germani escludevano gli unilaterali. Il codice Napolitano dava **niente** al doppio vincolo: germani, consanguinei, uterini erano considerati egualmente. Il codice francese ritenendo la massima *paternis materna maternis* per far rientrare i beni nella linea donde erano usciti, divide l'eredità in due parti mettendo da un lato i beni provenienti dal padre, dall'altro quelli provenienti dalla madre. I consanguinei prendono parte esclusivamente nei beni paterni, gli uterini prendono parte esclusivamente nei beni materni, i germani prendono parte e nell'uno e nell'altro lato. Il Codice Austriaco segue presso a poco il sistema francese. Il Codice Italiano trovandosi avanti questi precedenti non si tenne nè all'uno

nè all' altro estremo. Trovò ingiusto dar niente, ingiusto dar tutto al doppio vincolo, e segnò un sistema medio, cioè ritenne la prerogativa del doppio vincolo ma assegnò ai germani una parte doppia di fronte ai consanguinei ed uterini. Un germauo val due consanguinei. **Pisanelli** giustificava questo sistema così:

« Niuno può disconoscere che i fratelli e sorelle germani educati per lo più assieme e con eguaglianza di trattamento, contraggono vincoli più sentiti di affezione, che rafforzano quelli del sangue e si rendono incancellabili anche nella età più matura. Per contro i fratelli e le sorelle nati da matrimoni diversi, o sono educati separatamente o convivendo insieme non sono in famiglia riguardati con occhio egualmente benevolo, onde i sentimenti di affezione non si sviluppano e non si rafforzano come avviene tra i germani. Ma s' è certo che esista tra questi ultimi una maggiore affezione che tra i primi, non può tuttavia ammettersi che tale prevalenza sia così assoluta da eludere una affezione abbastanza intensa fra gli unilaterali. Si preferiva questo temperamento al sistema francese perchè si ritiene più equitativo nelle sue conseguenze. Supponendo, suggeriva l' illustre autore del progetto, che siano chiamati alla stessa successione un fratello germano, un consanguineo e due uterini, il consanguineo che si trova solo nella sua linea col germano viene a conseguire una porzione maggiore di quella devoluta agli uterini. Facendo il caso inverso, l' uterino troverebbesi avvantaggiato in raffronto ai consanguinei. Nel sistema del Codice italiano è sempre mantenuta l' eguaglianza tra i fratelli consanguinei ed uterini ».

Un' altra novità fu introdotta nell' articolo 742 circa alla successione dei congiunti. I precedenti codici la limitavano al duodecimo grado. Il progetto **Pisanelli** la restringeva al nono tuttochè la commissione napolitana aveva opinato non doversi oltrepassare il settimo; però si ritenne la successibilità dei congiunti sino al decimo grado inclusivo, per armonizzare la successibilità al vincolo di parentela stabilito dall' articolo 48.

Riassumendo la teoria sulla successione legittima diciamo, che l' ordine successorio tracciato sul criterio della prossimità di parentela come rivelatrice dell' amor razionale presunto motore della vo-

lontà del proprietario interpretata e supplita dalla legge, procede così:

1.° Figli e discendenti ad esclusione di ogni altro. La linea discendentale non soffre concorso.

2.° Genitori ed in mancanza di essi avi, bisavi e via, con la regola che il prossimo esclude il remoto e col principio di eguaglianza in parità di grado.

3.° Fratelli e sorelle e discendenti da essi ed in mancanza i congiunti di grado ulteriore sino al decimo, e per i germani di fronte agli unilaterali la preferenza del doppio vincolo.

36. Queste successioni, che dicemmo semplici, spesso si complicano in modo da dover conciliare diritti concorrenti a fine di retribuirli secondo la rispettiva entità. Colui che muore lascia genitori fratelli e sorelle germani, consanguinei, uterini, nipoti dagli uni o dalle altre. Seguendo i principii finora esposti l'eredità dovrebbe essere devoluta esclusivamente ai genitori. Però tutte le legislazioni civili chiamano a succedere i fratelli o i nipoti da fratello e sorelle presenti in concorso dei genitori, ed in loro mancanza degli ascendenti prossimi. Non sono essi la famiglia del defunto, gli obbietti della sua affezione, gli esseri coi quali ebbe comune il pane e l'educazione, le delizie della infanzia, le speranze ed i timori della gioventù?

Ma se tutte le legislazioni ammisero il concorso dei collaterali ed ascendenti nella successione di colui che muore senza discendenti, vari furono i sistemi sulla entità del diritto di questi concorrenti. **Giustiniano** con la novella 418 ammise la concorrenza dei soli collaterali di primo grado fratelli e sorelle germani, ma con la novella 427 l'estese ai loro discendenti. I codici precedenti al vigente in Italia seguirono la teoria romana variando sulla quota dovuta a ciascun concorrente.

In Francia si dà la metà dell'asse ai genitori, e l'altra ai collaterali da dividerla tra loro con la regola **paterna paternis**; ma se uno dei genitori è premorto accresce la sua parte ai collaterali che prendono così tre quarti dell'intero (art. 748 a 754 C. C.). Il Codice delle due sicilie dava a tutti i collaterali di primo grado ed ai genitori o ascendenti quota eguale, divisione per capi, ed ai discendenti dei collaterali premorti la parte risultante dalla divisione

in stirpe, suddivisa tra loro in capi (art. 671). Il Parmense (articolo 844), l'Estense (art. 921), e l'Albertino (art. 936) procedevano col sistema napolitano, ma assicuravano agli ascendenti l'inviolabilità della loro quota legittima qualunque fosse la concorrenza e l'Albertino determinava questa quota, che doveva restare indivisibile agli ascendenti, al terzo dell'asse. Il sistema del Codice italiano è semplicissimo:

Se coi genitori o con uno soltanto di essi concorrono fratelli o sorelle germani del defunto, tutti sono ammessi alla successione del medesimo per capi, purchè in nin caso la porzione, in cui succedono i genitori od uno di essi, sia minore del terzo.

Se vi sono fratelli o sorelle consanguinei od uterini, succedono anch'essi; ma, concorrano con germani o siano soli, conseguono la sola metà della quota spettante ai germani.

I discendenti da fratello o sorella succedono per stirpi a norma degli articoli 732 e 733.

La parte che spetterebbe ai genitori viventi, si devolve in loro mancanza agli altri ascendenti prossimi nel modo determinato dal precedente articolo. Art. 740.

37. Si è già svolta la teoria successoria romana sino al sistema della novella 418 di **Giustiniano**. Questa novella faceva quattro ordini di eredi distinti nelle linee discentale, ascendente e collaterale. La scuola ha espresso la teoria di Giustiniano nei seguenti versi:

*Descendens omnis succedit ab ordine primo;
Ascendens prior, fratres et liberi eorum;
Tunc latere ex uno frater, quoque filius eius;
Denique proximior reliquorum quisque superest.*

Primo ordine di successione legittima la linea discentale, per tutto seguito dal Codice italiano. Secondo ordine, la linea mista ascendente e collaterale di primo grado: seguito dal Codice italiano con la differenza che agli ascendenti in concorso resti una quota mai mi-

nore del terzo. Terzo ordine, la linea collaterale: seguito pure dal Codice italiano con la sola differenza della prerogativa del doppio vincolo. Quarto ordine costituito dai collaterali di grado ulteriore: seguito pure dal Codice italiano con la sola differenza della limitazione al decimo grado.

38. La scienza ha giustificato questo vecchio sistema della novella 118 col principio dell'amore desunto dal canone aristotelico *amor descendit postea ascendit demum ad latera convertit*. **Grozio** fu il primo ad applicarlo alla successione intestata che chiamò **testamento presunto**. Ma la Germania non fece eco alla sua voce. **Wan-Binkershc** osservò che per legge di amore il coniuge vincerebbe tutti per fatto avvalorato pure dal precetto divino *relinquet homo patrem et matrem suam et adhaeret uxori suae*, e **Samuele de Coccei** rifiutò apertamente il sentimento di **Grozio**. **Puffendorfio** invece lo sostenne, ma il principio dell'amore non valse a giustificare il sistema di **Giustiniano**. Si guardò alla storia, si considerò l'uomo dallo stato primitivo di famiglia passato allo stato di città e di nazione, e si trovò la giustificazione della successione legittima nel condominio di famiglia. Per vero nello stato di famiglia il padre come più forte e saggio è capo ed amministratore dell'azienda domestica che alla sua morte si assume dal più forte ed abile dei suoi figli. Se un figlio si distacca dalla famiglia per aprirne una nuova, naturalmente una parte di quel patrimonio si distacca per costituire il patrimonio della famiglia nascente, e se questa si estingue il patrimonio distaccato torna là donde era partito. Questo sistema idealmente guardato è razionale politico e giusto. **Tacito** lo dice proprio degli antichi germani *haeredes successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum: si liberi non sunt proximus gradus in possessione fratres patru, avunculi*. Era pur questo il sistema della legge decenvirale: dunque il sistema è storico, e pure la giustificazione non fu l'amore ma il condominio, lo disse **Gaio** *sed sui quidem haeredes sunt, et viro quoque parente quodam modo domini existimantur*. Morendo i figlinoli o discendenti in potestà non vi era successione: il padre o l'ascendente *princeps familiae* continuava col resto della famiglia al godimento del patrimonio senza novità.

I giureconsulti ed i classici latini parlando della successione dei collaterali dicevano ritornare ad essi i beni, **redire**, per indicare che i beni si ricongiungevano alla loro origine, alla massa da cui si erano distaccati. In Francia il principio dell'amore fu ricordato come criterio delle successioni legittime, ma fu ritenuto il principio del condominio. **Treillard** parlando della successione tra padri e figli diceva « la natura aveva in certo modo stabilito tra essi una comunione di beni e la loro successione non è per modo di dire che una continuazione di godimento ». E **Simeon** diceva pure « la successione è una specie di continuazione di dominio del defunto in favore dei suoi parenti ».

Noi abbiamo considerato la proprietà un diritto naturale ma regolarizzato dalla legge positiva. Questa nella organizzazione della proprietà ha tenuto per fermo il bisogno delle famiglie. La successione è pedissequa di questo principio: il patrimonio è mezzo di svolgimento dell'individuo e della famiglia. Il condominio evidentemente è il principio giustificante la successione intestata. Questo condominio nella nostra espressione **amor razionale** è rappresentato dal dovere elemento costitutivo ed essenziale dell'amore, assunto come criterio e giustificazione della successione intestata. Seguendo il principio del condominio ogni essere che nasce in famiglia acquista la sua porzione nel patrimonio di essa, e questo si scinderebbe all'infinito e presto diverrebbe inutile per tutti. Il diritto positivo a lato del principio di giustizia mette un principio di economia una disposizione **propter utilitatem**, ed assegna a ciascun discendente da figlio la parte del suo ascendente sul patrimonio dello stipite comune, e provvede così al bene delle famiglie, senza imbarazzarsi degl'individui che le compongono. Ecco il principio della successione per **stirpes**, ed il diritto di rappresentazione che servono al principio di giustizia, l'egualianza, ed al principio economico di conservare i vantaggi della proprietà con l'impedire uno sperperamento illimitato.

SEZIONE IV.

Della successione dei figli naturali

39. La ragione non ammette differenza tra' figli legittimi e naturali, tra matrimonio e concubinato. Lo scopo umano è raggiunto egualmente con la riproduzione della personalità nel matrimonio o fuori di esso. Accoppiate al concubinato la morale, la volontaria e coscienziosa esecuzione del dovere, e non avrete più ragione per preferire un modo all'altro. La naturale instabilità dell'uomo, le passioni, la libertà, la mancanza di un principio di costringimento esterno alla legge della ragione dettarono la necessità di una legge positiva, perchè l'ordine razionale più che una speranza fosse un fatto. S'istituì il matrimonio, sublime tra le creazioni politico-civili, per organizzare la famiglia base fondamentale dello Stato, e questo fatto rese indispensabile la distinzione tra figli legittimi e naturali, ma non ha potuto giungere al segno di negare ogni riguardo a figli naturali. Equipararli ai legittimi importava contraddirli: dimenticarli, immoralità. Si è tenuta la via di mezzo, e facendo omaggio alla legittimità, si prese in considerazione la prole naturale. E tutte le legislazioni civili si tennero a questo partito ma con entità diversa nella misura del diritto accordato alla naturalità.

40. In Roma, l'antica costituzione politica ostava recisamente all'attribuzione di un diritto qualunque per i figli naturali. I diritti civili erano attribuiti al **cives**, la **Civitas** supponeva la **familia** costituita dal matrimonio. I nati fuori di matrimonio non godevano di alcun diritto. Però Roma riconosceva il concubinato, ed i figli nati **concubinatus forma**, erano ammessi a prendere un sesto sulla eredità paterna da dividerla con la madre, quando non esistevano figli legittimi. Nella eredità materna erano assimilati ai legittimi.

Per l'editto di **Rotari** i naturali concorrevano alla eredità coi legittimi. Questi prelevavano la metà, e dividevano l'altra metà coi naturali nella ragione di due terzi ai naturali ed un terzo per loro. In mancanza di legittimi la metà dell'intero più il terzo della metà

era devoluta al fisco. La costituzione longobarda dominata dal principio di assoluto concentramento dei beni nelle famiglie, nulla dava ai naturali contentandosi di raccomandarli alla generosità dei fratelli legittimi. Le consuetudini napolitane tacevano affatto sulla sorte dei naturali. La rivoluzione francese ispirata dalla **Dea ragione** non poteva trovar differenza tra figli legittimi e naturali, ma quando sedate le passioni si diede mano alla compilazione dei codici la **Dea ragione** si trovò impotente di fronte al principio di ordine sociale, ed i figli naturali furono distinti dai legittimi. Si diede loro una quota di concorso sulle eredità dei genitori **previa** però la **legittimazione** o il **riconoscimento**. Questa quota era varia secondo la qualità degli eredi coi quali concorrevano, cosicchè in concorso dei discendenti legittimi prendevano il terzo di ciò che fosse loro spettato se fossero stati legittimi — in concorso di ascendenti o fratelli e sorelle del padre o della madre prendevano la metà dell'asse — tre quarti in concorso di più remoti — tutto in difetto di successibili legittimi. Dei Codici preesistenti in Italia, il Napolitano accordava il diritto di successione ai naturali sulla eredità materna, ma per la paterna richiedeva il riconoscimento per accordar loro il terzo di ciò che fosse loro dovuto se fossero legittimi quando concorrevano coi discendenti o ascendenti — due terzi in concorso dei collaterali — tutto in mancanza di successibili.

Il Codice Parmense, l'Albertino e l'Estense richiedevano il previo riconoscimento dichiarato o provato per accordare ai naturali i soli alimenti in concorso di discendenti — il quarto dei beni in concorso di ascendenti — la metà in concorso del coniuge del genitore o altri parenti.

41. Di fronte a questi precedenti il Codice italiano ha considerato, che il figlio naturale ha il diritto di reclamare un nome, una famiglia, una posizione nella società in mezzo a cui fu gittato dall'amore; che ciascuno deve sopportare la conseguenza del proprio fatto; che il riguardo dovuto alla famiglia legittima non consente equiparare la prole naturale alla legittima; che respingerla assolutamente sarebbe oltraggiare il vincolo del sangue, e contraddire al sistema ritenuto di autorizzare il riconoscimento volontario o forzato dei natu-

rali, quindi conciliando la razionalità e la politica chiama i naturali **riconosciuti** (1) a succedere in concorso coi legittimi, e dà loro la metà di ciò che li sarebbe spettato se fossero legittimi. Però per impedire il frazionamento della proprietà, ed una molestia nella procedura di divisione, accorda ai legittimi la facoltà di soddisfarli in danaro o in beni ereditari, da valutarsi a giusta stima (2). I figli legittimi escludono gli ascendenti: il naturale non li esclude ma concorre con essi prendendo due terzi dell'eredità. È un omaggio reso alla famiglia. Se con gli ascendenti vi è pure il coniuge del genitore, allora un terzo dell'eredità è raccolto dagli ascendenti, un quarto dal coniuge, il resto dal naturale (3). Se non vi sono successibili il naturale raccoglie l'intero (4). In tutte queste successioni di concorso il naturale ammesso a succedere è tenuto a collazionare qualunque vantaggio precedentemente ricevuto, non ostante qualunque di-

(1) I figli naturali non hanno diritto alla successione dei genitori, quando la loro filiazione non sia legalmente riconosciuta o dichiarata. Art. 743.

(2) Riconosciuta o dichiarata la filiazione, se i figli naturali concorrono coi figli legittimi o loro discendenti, hanno diritto alla metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero legittimi.

I figli legittimi o loro discendenti hanno facoltà di pagare la quota spettante ai figli naturali in danaro o in beni immobili ereditari a giusta stima. Art. 744.

(3) Quando il genitore non lascia superstiti figli legittimi o loro discendenti, ma il padre e la madre o l'uno di essi, od altro ascendente, oppure il coniuge, i figli naturali succedono nei due terzi dell'eredità, e il resto si devolve agli ascendenti o al coniuge.

Se i figli naturali concorrono a un tempo cogli ascendenti e col coniuge del genitore, detratto il terzo della eredità a favore degli ascendenti e il quarto a favore del coniuge, la rimanente eredità si devolve ai figli naturali. Art. 745.

(4) Quando al genitore non sopravvivano nè discendenti legittimi, nè ascendenti, nè il coniuge, i figli naturali succedono in tutta l'eredità. Art. 747.

spensa (1). I discendenti legittimi di lui possono reclamare i suoi diritti quando egli fosse premorto ai suoi genitori, mettendosi per rappresentazione in luogo di lui, di fronte all'eredità dell'avo o ava naturale (2).

Pel principio altrove stabilito che il riconoscimento non genera rapporto alcuno al di là del riconosciuto e del suo genitore, il riconosciuto non può mai aspirare alla eredità dei congiunti del padre o della madre nè viceversa (3). Il naturale riconosciuto non succede che al genitore, e per reciprocanza il genitore succede al figlio naturale che ha riconosciuto, quando costui non ha prole legittima o naturale riconosciuta nè coniuge (4), e divide l'eredità col coniuge superstite (5).

Si è dubitato se possa ammettersi la reciproca successione dei fratelli naturali. **Fabro** l'ha sostenuta, e la ragione è con lui: la legge però la respinge e con la lettera e con lo spirito, non riconoscendo altra parentela naturale che quella tra figlio e genitore.

Conseguenza del principio sanzionato nell'art. 743, i figli naturali pei quali il riconoscimento è impossibile sono esclusi affatto da ogni diritto ereditario. A loro non resta che il diritto ai soli ali-

(1) I figli naturali devono imputare alla porzione in cui succedono tutto ciò che hanno ricevuto dai genitori e sia soggetto a collazione, a norma della sezione IV del capo III di questo titolo, non ostante qualunque dispensa. Art. 746.

(2) I discendenti legittimi del figlio naturale premorto possono reclamare i diritti stabiliti a favore di lui negli articoli precedenti. Art. 748.

(3) Il figlio naturale, ancorchè riconosciuto, non ha diritto sui beni dei congiunti del padre o della madre, nè questi congiunti hanno diritto sui beni del figlio naturale Art. 749.

(4) Se il figlio naturale muore senza lasciar prole nè coniuge, la sua eredità è devoluta a quello dei genitori che lo abbia riconosciuto o del quale sia stato dichiarato figlio, ovvero per metà a ciascuno dei genitori se fu riconosciuto o dichiarato figlio d'ambidue. Art. 750.

Se al figlio naturale morto senza prole sia superstite anche il coniuge, l'eredità si devolve per una metà al coniuge e per l'altra metà al genitore od ai genitori, a norma dell'articolo precedente. Art. 751.

menti nei casi in cui possono allegare la loro qualità a norma dell' art. 493. (1)

SEZIONE V.

dei diritti del coniuge superstite

42. Una modificazione è portata al sistema successorio legittimo in rapporto al coniuge sopravvivate. Dicemmo (num. 231 vol. 4) che l' uomo e la donna si completano a vicenda e che nel loro amplesso è il pensiero di Dio, il sublime sistema della generazione. La legge positiva assume e feconda il pensiero divino, e costituisce il matrimonio.

In questo vincolo si fondono due esseri in un solo per produrre altri enti destinati tutti a compiere lo scopo della umanità nel gran cammino della vita, che tende al congiungimento del finito con l' infinito. La costituzione organica dei coniugi, la vita di azione propria dell' uomo rende naturale a lui la podestà di famiglia, ma dall' esercizio di questo diritto in fuori, la moglie è eguale al marito. La ragione proclama questa eguaglianza, la legge positiva la sanziona, e la società eoa della coscienza pubblica plaudisce al precetto legislativo. Or questa donna che vivente il marito è parte indivisa di quel tutto che dicesi famiglia, che vive della vita domestica fluttuante tra la gioia ed il dolore, tra il timore e la speranza, morto appena il marito resterà un nulla di fronte a quel patrimonio che le forniva il pane, i conforti o il lusso della vita? E il marito che durante il matrimonio era proprietario di tutto l' utile del patrimonio dotale non

(1) I diritti accordati dagli articoli precedenti non si estendono ai figli, di cui la legge non ammette il riconoscimento.

Questi però, nei casi indicati nell' articolo 193, hanno diritto agli alimenti, i quali saranno loro assegnati in proporzione delle sostanze del padre o della madre, e del numero e della qualità degli eredi legittimi. Art. 752.

avrà più nulla decessa la moglie? La ragione rilutta da questo odioso sistema di negazione, e la legge positiva non potrebbe giustificarlo in alcun modo.

43. Il padre la madre i figli costituiscono la famiglia. Il patrimonio da cui traggono la vita ed i mezzi di svolgimento è costituito dai beni dei coniugi. Alla morte di uno di essi i bisogni della vita non cessano, non cessa lo scopo a cui corre la umanità. È razionale che ciascuno della famiglia sia considerato come parte del tutto, e prenda la sua quota sul patrimonio lasciato dal defunto. Se non che come il patrimonio è mezzo di svolgimento della famiglia, e la famiglia si continua nelle generazioni che si succedono per mezzo dei figli è giusto che il coniuge superstite goda per se, ma non diminuisca col suo godimento, quei beni che dovranno costituire il patrimonio delle generazioni future, quindi

Quando al coniuge defunto siano superstiti figli legittimi, l'altro coniuge ha sull'eredità di lui l'usufrutto di una porzione ereditaria eguale a quella di ciascun figlio, compreso nel numero dei figli anche il coniuge.

Concorrendo figli naturali con legittimi, l'usufrutto del coniuge è di una porzione uguale a quella che tocca a ciascun figlio legittimo.

Tale porzione di usufrutto non può mai essere maggiore del quarto dell'eredità, e può essere soddisfatta nel modo stabilito dall'art. 819. Articolo 753.

Se non vi sono discendenti legittimi, cessa il riguardo dovuto alla discendenza militante nel cammino del progresso sociale, cessa il principio economico che esige la conservazione del patrimonio nelle famiglie, resta la considerazione dovuta al coniuge superstite, e quindi viene costui a prendere non più in usufrutto ma in proprietà quella quota che li spetta sulla eredità del coniuge defunto. Questa quota si modifica in ragione della qualità degli eredi concorrenti. Se i concorrenti all'eredità col coniuge sono ascendenti o figli naturali o fratelli o sorelle e loro discendenti, il coniuge superstite prende il **terzo** dell'eredità. Se concorre con ascendenti e con figli naturali prende il **quarto** — se concorre con successibili di grado diverso dai precedenti prende **due terzi** — senza concorrenti prende l'**intero**. Ed è a notarsi che

i parenti possono concorrere col coniuge superstite quando sono infra e non oltre il sesto grado. La successibilità è qui ristretta ancor più dell'ordinaria, imperocchè non è presumibile che il coniuge defunto avesse voluto associare al coniuge nel godimento dei suoi beni parenti di settimo grado forse anco da lui ignorati (1).

In tutti i casi di concorrenza perchè la determinazione della quota ereditaria del coniuge superstite stabilita dalla legge non sia alterata in pregiudizio dei successibili o distrutto il principio di giustizia sostituito da questa determinazione di quota è disposto, che

Il coniuge concorrendo con altri eredi, deve imputare alla sua porzione ereditaria ciò che ecquista in forza delle convenzioni matrimoniali e dei lucri dotali. Art. 756.

44. Ora si rimonti alla teoria della separazione personale, alle cause che l'autorizzano, e si dica se dopo un giudicato che fa di tali cause un vero giuridico, un coniuge colpevole possa agognare alle considerazioni che la legge accorda a colei o colui che per suo fatto non è venuto mai meno alla propria missione nella società coniugale; quindi è giusto che

I diritti di successione accordati al coniuge superstite non spettano al coniuge, contro cui il defunto abbia ottenuto sentenza di separazione personale passata in giudicato. Art. 757.

Questa separazione personale pronunziata contro uno dei coniugi diceva **Pisanelli**, deve costituire per lui una specie d'indegnità. Quan-

(1) Se non vi sono figli legittimi, ma ascendenti o figli naturali, o fratelli o sorelle, o loro discendenti, è devoluta in proprietà al coniuge superstite la terza parte dell'eredità.

Se però il coniuge concorre ad un tempo con ascendenti legittimi e con figli naturali, non ha diritto che al quarto della eredità. Art. 754.

Quando il defunto lasciasse altri parenti successibili, l'eredità si devolve al coniuge pei due terzi.

Gli si devolve per intero nel caso che il defunto non lasci parenti successibili entro il sesto grado. Art. 755.

do si sono concolcate le relazioni di affetto, e furono violati i doveri coniugali, il coniuge che diede motivo alla separazione non può essere chiamato a succedere per affezione presunta all'altro, senza fare oltraggio alla verità ed alla coscienza pubblica. Ciò serve anche a rattenere i coniugi nell'adempimento dei loro doveri. Quando l'armonia domestica possa venire scossa nei sentimenti di affezione, nulla osta che la legge ponga in moto la molla dell'interesse per produrre effetti analoghi.

45. Il sistema del codice italiano in rapporto ai diritti successori del coniuge superstite è conforme a quello stabilito da **Giustiniano** con le novelle 53 e 117. Invano però cerchi qualche cosa di simile nell'antica legislazione romana. La donna per la **conventio in manu** era soggetta alla podestà del marito a cui si attribuivano tutti i beni di lei. Essa premorendo non lasciava successione. Premorendo il marito, la moglie concorreva come una figlia all'eredità di lui.

Nei matrimoni liberi, cioè senza la **conventio in manu** mancava tra i coniugi il vincolo di agnazione sul quale riposava esclusivamente il diritto ereditario romano, e quindi non era più possibile successione fra i coniugi. L'editto pretorio scosse profondamente questo sistema della vecchia costituzione politica, e facendo prevalere il vincolo del sangue e la presunta affezione come criterio di successione, ammise il coniuge alla successione del coniuge in mancanza di congiunti. **Giustiniano** stabilì a favore della moglie povera la **quarta uxoria** sui beni del marito, e le diede carattere di legittima.

46. La Francia col sistema della comunione di beni tra coniugi trovò indirettamente modo come provvedere agli interessi della vedova ed abolì la **quarta uxoria**, ammise però la moglie a succedere al marito in mancanza di successibili. Il codice Napoletano ed il Parmense la ristabilirono, ma in semplice usufrutto. Il codice Albertino abolì l'umiliante condizione di povertà come causa della **quarta uxoria**, ma spogliò questa del carattere di legittima. Il codice Estense assicurava al coniuge superstite i soli alimenti sui beni dell'altro.

SEZIONE VI.

della successione dello Stato

47. L'individuo è nella famiglia come la famiglia è nello Stato: mancando e l'individuo e la sua famiglia, il patrimonio si devolve allo Stato (1).

I pubblicisti esaminano la quistione se in tali casi l'eredità giacente debba, meglio che allo Stato, attribuirsi al comune del defunto. Se ne fece pure una mozione in seno della Commissione coordinatrice nella tornata del 41 maggio 1863 dal Vedriani, e dal Chiesi, ma non ebbe successo, perchè come diceva **Pisanelli**, la successione legittima dipende dai fatti costanti della parentela e dal vincolo coniugale; perchè il legislatore non può addentrarsi nella considerazione dei fatti accidentali e speciali che possono valere a giudicare la volontà espressa del testatore che per riconoscenza, per benevolenza, per carità o per altro motivo qualunque, lasci le sue sostanze a taluno, ma non possono servire di guida alla legge per supplire quella volontà: massime che accettando il principio per un caso bisognerebbe estenderlo ad altri per i quali si avrebbero le stesse e forse maggiori ragioni di equità; ciò che sarebbe impossibile di fare non solo senza inconvenienti e pericoli, ma anche senza travisare e sconvolgere tutto il sistema delle successioni intestate.

CAPO II.

Delle successioni testamentarie

48. La legge positiva lascia al proprietario la libertà di disporre della cosa sua pel tempo in cui avrà cessato di vivere. L'uomo ha il diritto di chiamare il suo erede. La legge positiva non crea questo

(1) In mancanza delle persone chiamate a succedere secondo le regole stabilite nelle sezioni precedenti, l'eredità si devolve al patrimonio dello Stato. Art. 758.

diritto che ha la sua genesi nella natura, ma ne regola l'esercizio e nella sostanza e nella forma. Nella **sostanza** perchè il proprietario non ecceda i suoi poteri, nella **forma** perchè tutto ciò che domanda la garanzia della legge è naturale che sia fatto secondo la legge. L'atto che esprime la disposizione del proprietario della cosa sua pel tempo in cui avrà cessato di vivere dicesi **testamento**.

49. Espressione della volontà dell'uomo oltre tomba, questo atto è revocabile essenzialmente, imperocchè la volontà è libera fin tanto che la sua azione è possibile.

50. Scopo del testamento è la disposizione della proprietà pel tempo in cui si avrà cessato di vivere. Che questa disposizione comprenda tutta o parte della proprietà, che sia fatta a favore di una o più persone è indifferente per la sostanza dell'atto ma è importantissima per gli effetti. Il testamento che dispone di tutta o di una quota di proprietà a favore di uno o più, ha per scopo diretto di sostituire alla proprietà un subbietto vivente al subbietto che muore. Nulla s'innova nella obbiettività del diritto; nella subbiettività una persona succede ad un'altra, e la rappresenta nella **Universalità** dei beni o nella quota di essi, in tutto e per tutto. La disposizione testamentaria che comprende l'universalità dei beni o una quota di essi dicesi **a titolo universale**.

Il subbietto investito della rappresentanza del testatore in rapporto alla universalità o alla quota dei beni dicesi **erede**. L'universalità dei beni o la quota di essi che passa dal testatore all'erede dicesi **Eredità**.

51. La disposizione di una cosa singola determinata nella specie a favore di uno o più persone pel tempo in cui si avrà cessato di vivere, ha per scopo il trasferimento nella persona indicata di tutti i diritti del testatore sulla cosa determinata. Questa disposizione dicesi **a titolo particolare**; il chiamato a raccoglierla si dice **legatario**, la cosa che passa dal testatore al legatario dicesi **legato**. Non ci preoccupiamo per ora della differenza che passa tra queste disposizioni, tra questi subbietti ed obbietti di diritto, definiamo e persone e cose, per determinare in seguito gli effetti, e le qualità differenti.

Il testamento è un atto revocabile, col quale taluno, secondo le regole stabilite dalla legge, dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse in favore di una o di più persone. Art. 759.

Le disposizioni testamentarie che comprendono l'universalità od una quota dei beni del testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede.

Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario. Art. 760.

52. Effetto del testamento è la trasmissione della proprietà di una cosa dal testatore all'erede o legatario, quindi il testamento è modo di trasmissione e di acquisto al tempo istesso. Ogni atto giuridico sia trasmissivo che acquisitivo di proprietà suppone la capacità nei soggetti — la suscettibilità degli obbietti — la legalità della forma. Il Codice nelle nove sezioni di questo capo svolge tutta questa interessante materia.

SEZIONE I.

della capacità di disporre per testamento

53. La legge positiva non può distruggere i diritti di natura. Il diritto di testare è una condizione della personalità umana, che non può scomparire sotto la personalità giuridica. Ma la legge che costituisce questa personalità giuridica, e le garantisce l'esercizio del diritto deve determinare le condizioni, che rendono possibile questo esercizio. Egli è perciò che riconoscendo in massima in ogni personalità la capacità di testare, procede per esclusione indicando coloro i quali sforniti delle condizioni necessarie per l'esercizio, debbono ritenersi incapaci di testare.

È appena necessario ricordare che il testamento è un atto di volontà e che gli atti di volontà sono preceduti dall'intelletto, e che di atti intellettivi sono capaci soltanto coloro, che sono sani di mente e son pervenuti a quell'età, in cui la legge presume sviluppate le facoltà intellettuali, quindi:

Possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge. Art. 762.

Sono incapaci di testare

1.º Coloro che non hanno compiuta l'età di diciotto anni;

2.º Gli interdetti per infermità di mente;

3.º Quelli che, quantunque non interdetti, si provi non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero testamento.

L'incapacità dichiarata nei numeri 2.º e 3.º nuoce alla validità del testamento, solo nel caso che sussistesse al tempo in cui fu fatto il medesimo. Art. 763.

54. Il testamento in Italia è una istituzione indigena, che rimonta alla più remota istoria. I Romani l'adottarono, ma fecero della **testamenti factio** un **jus quiritum**, e quindi proprio del **civis romanus suis juris**. In conseguenza erano sotto questo rapporto incapaci: 1.º I figli di famiglia meno che pel peculio castrense e quasi castrense; 2.º i peregrini; 3.º i condannati alle pene della deportazione, delle miniere, e delle bestie.

Sotto il rapporto di entità mentale erano incapaci i furiosi, i mentecatti, salvo nei momenti di lucidi intervalli, e quando il cristianesimo si avvale della legge come arma di partito religioso, furono dichiarati incapaci gli apostati e gli eretici ammenochè non avessero testato a favore della chiesa.

La donna romana dell'antica costituzione se nubile era in **patria potestate**, se maritata era in *manum viri* e quindi sempre incapace di far testamento.

La *mater familias*, cioè la moglie del matrimonio libero avea la capacità di testare. Giustiniano abilitò pienamente la donna a far testamento.

Nella teoria romana sulla capacità di disporre vi è di speciale un rescritto dell'imperatore **Pio**, che richiedeva la capacità del testatore, e la coscienza di questa capacità tanto al tempo della compilazione del testamento che alla morte del testatore *De statu suo dubitantis vel errantis testamentum facere non possunt* (1).

(1) L. 13, D. qui. test. fac. poss.

SEZIONE II.

della capacità di ricevere per testamento

55. Determinato le cause d'incapacità di succedere (Art. 724) le condizioni che limitano questa capacità (Art. 743, 744, 745) nella successione legale, era necessità ritenere la efficacia delle medesime cause e limitazioni nella successione testata. In massima sono incapaci di ricevere per testamento tutti coloro che sono incapaci di succedere per legge.

56. I non concepiti sono incapaci a succedere, dunque sono incapaci ad esser chiamati eredi per testamento. Però nella vita sociale vi son tali condizioni di essere che richiedono una particolare considerazione « Può avvenire diceva **Pisanelli** al Senato, che la persona a cui dovrebbe scadere la successione abbia tenuto una condotta riprovevole verso il testatore, od abbia altrimenti demeritata la sua fiducia, senza alterare però l'affetto di famiglia. Se quella persona avesse già dei figli, niun dubbio che il testatore eserciterebbe le sue liberalità verso costoro; non avendone, sembra che non si possa impedire al testatore di prevedere il caso della sopravvenienza di figli, per disporre a loro favore, anzichè a favore di estranei. Ma anche nel caso che già esistessero figli della stessa persona vuolsi permettere al testatore di prevedere la sopravvenienza di altri, per mantenere fra tutti loro quella eguaglianza di trattamento ch'è nella sua intenzione. Ciò avviene principalmente allorchè il figlio di primo grado dissipatore lascia temere che non solamente non avrebbe provveduto all'educazione della prole, ma che potrebbe abbandonarla alla miseria o allo incerto sostegno dei parenti ». Si è quindi desunta dal codice Sardo una eccezione al principio d'incapacità per inesistenza, a favore dei figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non siano ancor con-

cepiti (1). Questa disposizione di diritto positivo è il più alto omaggio che possa tributarsi alla libertà del cittadino.

57. Si è detto che l'indegnità è intransitiva (Art. 728) dunque

I discendenti dell' indegno hanno sempre diritto alla legittima che sarebbe spettata all' escluso. Art. 765.

La sorte dell' indegno è sempre eguale, sia che lo guardi nella successione legittima che nella testata (2).

I figli naturali non hanno diritto alla successione dei genitori, quando la loro filiazione non sia legalmente riconosciuta o dichiarata: (Art. 743) di conseguenza,

I figli del testatore nati fuori di matrimonio, dei quali non è ammesso il riconoscimento legale, sono soltanto capaci di conseguire gli alimenti. Art. 767.

I figli naturali riconosciuti sono capaci di succedere al genitore ma con diritto limitato a misura della qualità dei successibili coi quali concorrono: (Art. 744, 745) dunque,

I figli naturali non legittimati, se vi sono discendenti o ascendenti legittimi del testatore, sono incapaci di ricevere per testamento più di quanto la legge attribuisce loro per successione intestata. Art. 768.

58. Il testamento dev'esser libero ed al coperto della seduzione e dell' inganno. La legge tronca la possibilità della seduzione, del raggiro, e dell' inganno negando la capacità di succedere e di ricevere

(1) Sono incapaci di ricevere per testamento coloro che sono incapaci di succedere per legge.

Possono però ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non siano ancora concepiti. Art. 764.

(2) Sono applicabili all' indegno di ricevere per testamento le disposizioni degli articoli 726, 727, e del capoverso dell' articolo 728. Art. 766.

per testamento a tutti coloro che si trovano al caso di far pressione sulla volontà del testatore.

Il tutore non può mai trarre profitto dalle disposizioni testamentarie del suo amministrato, fatte prima dell'approvazione del conto definitivo, quantunque il testatore morisse dopo l'approvazione del conto.

Sono però efficaci le disposizioni fatte in favore del tutore che sia ascendente, discendente, fratello, sorella o coniuge del testatore. Art. 769.

Il binubo non può lasciare al nuovo coniuge una porzione maggiore di quella che abbia lasciato al meno favorito dei figli del precedente matrimonio. Art. 770.

Le istituzioni e i legati a favore del notaio o di altro ufficiale civile, militare, marittimo o consolare che ha ricevuto il testamento pubblico, ovvero di uno dei testimoni intervenuti al medesimo, non hanno effetto. Art. 771.

Sono parimente prive di effetto le istituzioni ed i legati a favore della persona che ha scritto il testamento segreto, salvo che la disposizione sia approvata di mano dello stesso testatore, o nell'atto della consegna. Art. 772.

In tutte queste condizioni la malizia umana può eludere la legge simulando la disposizione sotto forma di un contratto oneroso o intestandola ad una persona capace, per far pervenire indirettamente all'incapace l'utile della disposizione. Quest'organo di trasmissione indiretta, tecnicamente dicesi **persona interposta**. La legge prevede l'umana malizia ed annulla le disposizioni simulate, e determina le persone che debbonsi ritenere interposte.

La disposizione testamentaria a vantaggio delle persone incapaci indicate negli articoli 767, 768, 769, 770, 771 e 772 è nulla, ancorchè venga simulata sotto la forma di un contratto oneroso, o sia fatta sotto nome d'interposta persona.

Sono riputate persone interposte il padre, la madre, i discendenti e il coniuge della persona incapace. Art. 773.

59. I romani chiamavano **onorato** colui che riceveva per testamento. La teoria sulla capacità di ricevere per testamento è uniforme alla vigente: non era però vietato al minore di disporre a favore del suo tutore. Questo divieto proviene dalla Francia.

Della forma dei testamenti**§ I.***dei testamenti ordinari*

60. La legge rispetta il testamento come la più sublime espressione del diritto di proprietà. Per essa il testamento è la legge delle successioni. Essa ne garantisce l'esecuzione. Naturalmente ciò ch' esige garanzia dalla legge, dev' esser fatto secondo la legge. La legge prescrive la forma del testamento, e ne vuole l'osservanza. Però prendendo in considerazione la varietà delle posizioni dell' uomo nel tempo e nello spazio, perchè la forma non uccida il diritto, declina dal rigore della forma per taluni testamenti, e quindi riconosce i testamenti **ordinari** ed i testamenti **speciali**, prescrive la forma degli uni e degli altri, e le regole comuni ad entrambi.

61. I testamenti **ordinari** possono avere una doppia forma. Se il testatore fa da se il suo testamento senza intervento di altre persone, il testamento dicesi **olografo**. Se si avvale di un notaio, il testamento dicesi **per atto di notaio** (1).

La forma dell' olografo è semplicissima ma rigorosa.

Il testamento olografo deve essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore.

La data del testamento deve indicare il giorno, il mese e l'anno.

La sottoscrizione deve essere posta alla fine delle disposizioni. Articolo 775.

Una di queste formalità mancanti, e il testamento è nullo (a).

(1) La legge riconosce due forme ordinarie di testamento: il testamento olografo e il testamento per atto di notaio. Art. 774.

(a) Si disputa tra i pubblicisti sulla utilità dell' olografo. Si dice pericoloso, facile a sopprimersi a falsificarsi, e si fa appello alla storia del foro da cui si apprende non esservi doviziosa eredità trasmessa con olografo che non sia funestata dalle cause

62. Il testamento per atto di notaio è di due maniere pubblico o segreto. Il pubblico è ricevuto da un notaio in presenza di quattro testimoni, ovvero da due notai in presenza di due testimoni. Qualunque variante in questo personale fa il testamento nullo (1).

Questo testamento è irto di scogli e di difficoltà. T'imbatti in nullità ad ogni piè sospinto. Esso è opera del testatore ma questa opera è assunta e riprodotta in iscritto dal notaio. Tutto ciò dev'esser fatto con la massima fedeltà ed esattezza. Occorre primieramente che il notaio, se non conosce personalmente il testatore, si assicuri della identità della sua persona. Il testatore dichiara la sua volontà al notaio che l'ascolta alla presenza dei testimoni scribenti. Il notaio od altri sotto la sua dettatura lo scrive, quindi legge lo scritto al te-

di falso. Per contro si dice: l'olografo con la sua semplicità è il più acconco modo di testare è quello che meglio risponde al bisogno del raccoglimento della libertà ed indipendenza. Tutti i codici moderni però ritengono l'olografo. Dei precedenti codici italiani il solo codice Sardo non lo riconosceva. Nei lavori legislativi non si dubitò di ritenere l'olografo ma si cercò un mezzo come garantirlo dai pericoli che lo minacciano ed il mezzo si era trovato nel codice Estense che ordinava il deposito necessario dell'olografo presso un ufficiale pubblico. La Commissione senatoria accolse questo temperamento, ma la Commissione coordinatrice lo respinse ed il deposito necessario cadde sotto i colpi dello stesso Pisanelli. Si disse che il deposito necessario distruggeva quanto l'olografo aveva di buono cioè la segretezza l'indipendenza del testare, e quel rifugio che in seno di esso si trova contro le insistenze o repugnanze interressate. Si disse spesso difficile questo deposito specialmente al viaggiatore e si sconobbero in esso quei vantaggi sperati dal lato della garanzia dei pericoli che si volevano evitare.

Il carattere dell'olografo consiste nell'essere opera esclusiva del testatore. Tutto opera sua; la scrittura la data la sottoscrizione. L'intromissione di un terzo lo annulla, tutt'altro è indifferente; carta qualunque sia, lachiosiro o matita purché leggibile val l'istesso, forma di lettera di dichiarazione di verbale tutto è buono. È indispensabile la data con indicazione del giorno mese ed anno per valutare l'atto dal lato di capacità subiettiva, e riconoscerlo come ultima espressione della volontà del testatore. La sottoscrizione è necessaria perchè si rilevi da essa che non si tratta di un progetto di testamento ma di una disposizione vera ed approvata con la sottoscrizione la quale deve essere in fine dell'atto. Per la sua esecuzione è necessario il deposito, e da questo deposito assume il carattere di atto esecutivo, salvo i provvedimenti che l'autorità giudiziaria può dare come a suo luogo diremo.

(1) Il testamento per atto di notaio è pubblico o segreto. Art. 776.

Il testamento pubblico è ricevuto da un notaio in presenza di quattro testimoni, o da due notai in presenza di due testimoni. Art. 777.

statore in presenza dei testimoni medesimi che hanno inteso la dichiarazione del testatore, e fa risultare questo adempimento dall'atto medesimo. Il testatore sottoscrive, ovvero dichiara che non sa o non può, e perchè non può sottoscrivere, ed il notaio riporterà tal dichiarazione. Dopo del testatore firmeranno i testimoni ed il notaio (1).

Tutte queste cose sono prescritte a pena di nullità.

63. L'altra specie di testamento per atto di notaio è il **Segreto**. Esso è tutta opera del testatore, il notaio interviene per ricevere e custodire la carta che contiene il testamento e redige l'atto di ricevuta. I pericoli di questo testamento non sono minori del primo. Le nullità si attaccano tanto all'atto che contiene il testamento, che all'atto di ricevuta.

Il testamento segreto può essere scritto dal testatore o da un terzo. Se è scritto dal testatore, deve anche essere sottoscritto da lui alla fine delle disposizioni: se è scritto in tutto o in parte da altri, deve inoltre essere sottoscritto dal testatore in ciascun mezzo foglio. Art. 782.

La carta in cui sono stese le disposizioni, o quella che serve d'involto, sarà sigillata con impronta qualunque in guisa che il testamento non si possa aprire nè estrarre senza rottura od alterazione.

(1) Il testatore dichiarerà al notaio in presenza dei testimoni la sua volontà, la quale sarà ridotta in iscritto per cura del notaio.

Il notaio darà lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni.

Sarà fatta espressa menzione dell'osservanza di tali formalità Art. 778.

Il testamento deve esser sottoscritto dal testatore; se egli non sa o non può sottoscrivere, deve dichiarare la causa che glielo impedisce, e il notaio deve fare menzione di questa dichiarazione. Art. 779.

Il testamento deve pure esser sottoscritto dai testimoni e dal notaio. Art. 780.

Se il testamento è ricevuto da due notai, la dichiarazione di volontà sarà fatta ad ambidue e sarà ridotta in iscritto per cura di uno dei medesimi.

Il testamento deve essere sottoscritto dai testimoni e dai due notai.

Sono nel resto applicabili le disposizioni dei tre articoli precedenti.

Art. 781.

Il testatore in presenza di quattro testimoni la consegnerà al notaio così sigillata, o la farà sigillare nel modo sopra espresso in presenza del notaio e dei testimoni, e dichiarerà che in quella carta si contiene il suo testamento.

Sulla carta in cui è scritto o involto il testamento, per cura del notaio si scriverà l'atto di ricevimento, nel quale si indicheranno

Il fatto della consegna e la dichiarazione del testatore;

Il numero e l'impronta dei sigilli;

L'assistenza dei testimoni a tutte le formalità sopraccennate.

L'atto sarà sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal notaio.

Ove il testatore non potesse per qualche impedimento sottoscrivere l'atto della consegna, si osserverà ciò che è stabilito dall'art. 779.

Tutto ciò sarà fatto di seguito e senza passare ad altri atti. Art. 783.

Tutto ciò è voluto a pena di nullità.

64. Notate che il testamento dev'essere la sincera espressione della volontà del testatore, quindi nei casi in cui il testamento è scritto da un terzo, il testatore non può altrimenti accertarsi che la sua volontà fu espressa esattamente che dalla lettura dello scritto, in conseguenza

Coloro che non sanno o non possono leggere, non possono fare testamento segreto. Art. 785.

Però se il testatore ha fatto scrivere da un terzo il suo testamento e lo ha sottoscritto, non fa bisogno di altra prova per giustificare ch'egli sappia di essersi ben tradotta la sua volontà. Ma se non avesse sottoscritto il testamento per un motivo qualunque, la prova della scienza che sia stata scritta veramente la sua volontà non può risultare altrimenti che dalla sua dichiarazione di aver letto il testamento, e dalla dichiarazione della causa che lo ha impedito a firmarlo. Questa dichiarazione sarà resa al notaio nell'atto della consegna, ed il notaio ne farà menzione nell'atto medesimo (1). Tutto ciò è a pena di nullità.

(1) Il testatore che sa leggere ma non sa scrivere, o che non ha potuto porre la propria sottoscrizione quando fece scrivere le sue dispo-

65. Il sordo muto non può nè dichiarare a voce, nè sentire ciò che si legge. Se sa scrivere può fare testamento olografo e segreto, ma non può fare testamento pubblico perchè non può fare la dichiarazione di volontà. Nel testamento segreto supplisce con la scrittura la dichiarazione di essenza in tali testamenti cioè che la carta che presenta contiene il suo testamento, supplisce ancora con la scrittura alla dichiarazione di scienza, quando avesse fatto scrivere da altri il suo testamento. Questa dichiarazione dovrà scriverla in fronte all'atto di consegna in presenza dei testimoni e del notaio, ed il notaio nel suo atto di ricevuta deve esprimere che il testatore ha scritto quella dichiarazione alla sua presenza e dei testimoni, e nel resto si adempirà a tutte le solennità del testamento segreto, e sempre a pena di nullità per le omissioni delle solennità istesse (1).

Il sordo non muto può far testamento pubblico, leggendo egli stesso l'atto testamentario, ed osservare nel resto le altre formalità, e facendosi menzione nell'atto della lettura fatta dal testatore medesimo. Se non saprà leggere potrà pure testare aggiungendo però un quinto testimone (2).

sizioni, deve altresì dichiarare di averlo letto, ed aggiungere la causa che gli ha impedito di sottoscriverlo; di che si farà menzione nell'atto della consegna. Art. 784.

(1) Il sordo-muto ed il muto possono testare o per testamento olografo o per testamento segreto ricevuto da notaio.

Facendo testamento segreto, devono in fronte all'atto della consegna scrivere in presenza dei testimoni e del notaio, che la carta presentata contiene il loro testamento, e se questo è stato scritto da un terzo, devono aggiungere di averlo letto.

Il notaio nell'atto della consegna esprimerà, che il testatore ha scritto le indicate parole alla presenza di lui e dei testimoni. Nel resto si osserverà tutto ciò che è stabilito nell'art. 783. Art. 786.

(2) Chi è privo interamente dell'udito, volendo fare testamento pubblico, oltre l'osservanza delle altre formalità richieste, deve leggere egli stesso l'atto testamentario; di che sarà fatta menzione nell'atto medesimo.

Ove il testatore sia incapace anche di leggere, devono intervenire cinque testimoni.

Se il testamento è ricevuto da due notai, bastano tre testimoni. Art. 787.

66. Finalmente è essenziale attendere alla qualità dei testimoni, imperocchè è pure prescritto a pena di nullità che

I testimoni nei testamenti devono essere maschi, maggiori di anni ventuno, cittadini del regno, o stranieri in esso residenti, e non aver perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili.

Non sono testimoni idonei i praticanti e gli amanuensi del notaio che ha ricevuto il testamento. Art. 788.

§ II.

di alcuni testamenti speciali

67. I casi nei quali è impossibile serbare la forma dei testamenti ordinari sono imprevedibili nella loro molteplicità e varietà, e pure è indispensabile che questo diritto di testare possa esercitarsi in qualunque condizione eccezionale in cui l'uomo può trovarsi. Per provvedervi e conciliare la necessità di una forma con le circostanze di tempo e luogo, tre sistemi si presentano possibili: 1.º presciudere da qualunque forma purchè si avesse la dichiarazione di volontà, e lasciare alle parti il carico di provare la impossibilità di testare con la forma ordinaria — 2.º prevedere i casi nei quali debba presumersi e ritenersi la impossibilità del testamento ordinario salva agl'interessati la prova contraria — 3.º attaccare a determinati casi la presunzione **juris et de jure** della impossibilità del testamento ordinario ed autorizzare per essi un testamento speciale. Il primo ed il secondo sistema aprirebbero il campo a liti interminabili e fatali sempre all'interesse ed alla pace delle famiglie. Qualunque testamento così fatto potrebbe attaccarsi per vizio di forma, e la sola prova possibile in tali giudizi sarebbe la testimoniale. Sa ognuno che con questa prova tutto è possibile quando si vuole, se movente di azione è la sete dell'oro. Non restava quindi al legislatore che adottare il terzo sistema cioè, stabilire in massima che il testamento speciale è possibile solo in tre casi cioè **peste, viaggio di mare, servizio mili-**

tare, e determinare per ciascuno di questi casi una forma possibile da serbarsi a pena di nullità. E la legge così ha fatto.

a. Pel caso di **peste** ha disposto:

Nei luoghi in cui domini peste od altra malattia riputata contagiosa, è valido il testamento ricevuto in iscritto da un notaio o dal giudice o dal sindaco, o da chi ne fa le veci, o dal ministro del culto in presenza di due testimoni.

Il testamento sarà sempre sottoscritto da chi lo riceve e, se le circostanze lo permettono, dal testatore e dai testimoni: tuttavia è valido anche senza queste ultime sottoscrizioni, purchè si faccia menzione della causa per cui non si è adempiuta tale formalità.

Possono in tali testamenti essere testimoni persone dell'uno e dell'altro sesso, purchè maggiori di sedici anni. Art. 789.

Per quanto difficile sia la posizione di un uomo in occorrenza di peste o altra epidemia contagiosa è chiaro che non vi possono essere seri ostacoli per un testamento a forma così largheggiata. Se questa forma eccezionale neanche fu serbata è chiaro che non si è voluta anzicchè non si è potuta serbare, ed il testamento è nullo.

Cessata la condizione eccezionale cessa il bisogno di declinare dalla legge comune, e quindi

Gli anzidetti testamenti diverranno nulli sei mesi dopo che abbia cessato di dominare la malattia nel luogo in cui trovasi il testatore, ovvero sei mesi dopo che questi siasi trasferito in luogo immune dalla malattia.

Ove il testatore muoia nell'intervallo, il testamento sarà depositato, tostochè sia possibile, nell'ufficio di registro del luogo ove è stato ricevuto. Art. 790.

b. In un viaggio di **mare** la forma è più stretta e particolarizzata, perchè maggiori sono i mezzi possibili per corredare il testamento di una forma che supplisca l'ordinaria il più approssimativamente che si possa. E la legge prescrive:

I testamenti fatti sul mare durante un viaggio saranno ricevuti a

bordo dei vascelli e d' altri bastimenti della marina militare dall' ufficiale comandante il bastimento ed insieme dal commissario di marina, e in loro mancanza da quelli che ne fanno le veci.

A bordo dei bastimenti di commercio possono essere ricevuti dal *secondo* ed insieme dal capitano o patrono, e in loro mancanza da chi ne fa le veci.

In tutti i casi questi testamenti debbono riceverli alla presenza di due testimoni maschi e maggiori di età. Art. 791.

Sui bastimenti della marina militare il testamento del capitano e quello del commissario di marina, e sui bastimenti di commercio il testamento del capitano o patrono o del *secondo* possono essere ricevuti da quelli che loro succedono in ordine di servizio, osservato nel resto ciò che è stabilito nel precedente articolo. Art. 792.

Si farà sempre un doppio originale dei testamenti mentovati nei due precedenti articoli. Art. 793.

Il testamento fatto a bordo dei bastimenti della marina militare e di commercio deve essere sottoscritto dal testatore, dalle persone che l' hanno ricevuto e dai testimoni.

Se il testatore ovvero i testimoni non sanno o non possono sottoscrivere, si deve indicare il motivo che ha impedito la sottoscrizione. Articolo 794.

I testamenti fatti durante il viaggio saranno conservati fra le carte più importanti di bordo, e sarà fatta menzione di essi sul giornale di bordo e sul ruolo d' equipaggio. Art. 795.

Se il bastimento approda ad un porto estero, in cui si trovi un regio agente diplomatico o consolare, coloro che hanno ricevuto il testamento, sono tenuti a consegnargli uno degli originali, e una copia dell' annotazione fatta sul giornale di bordo e sul ruolo d' equipaggio.

Al ritorno del bastimento nel regno, sia nel porto del disarmo, sia in qualunque altro, i due originali del testamento o quello che resta, nel caso che l' altro fosse stata depositato durante il viaggio, saranno consegnati all' autorità marittima locale insieme colla copia dell' annotazione anzidetta.

Della consegna ordinata nel presente articolo si rilascerà dichiarazione, di cui si farà cenno in margine all' annotazione scritta sul giornale e ruolo suddetti. Art. 796.

Gli agenti diplomatici o consolari e le autorità marittime locali devono stendere un processo verbale della consegna del testamento o trasmettere ogni cosa al ministero della marina, il quale ordinerà il deposito di uno degli originali nel suo archivio, e trasmetterà l' altro all' uf-

fizio di registro del luogo del domicilio e dell'ultima residenza del testatore. Art. 797.

Il testamento fatto sul mare nella forma stabilita dagli articoli 791 e seguenti non avrà effetto, se non quando il testatore muoia sul mare o entro tre mesi dopo che sarà disceso in un luogo, in cui avrebbe potuto fare un nuovo testamento nelle forme ordinarie. Art. 798.

c. La terza eccezione è fatta pei **militari**, e come le altre non è a favore di persona, ma in considerazione della impossibilità e difficoltà somma a servirsi della forma ordinaria. Non basta esser militare o persona impiegata presso l'esercito per essere abilitato al testamento speciale, ma bisogna trovarsi o in spedizione militare per causa di guerra sia nell'estero che nel territorio dello stato — o accuartierato o di presidio fuori del regno — o prigioniero presso il nemico — o in piazza o fortezza circondata dal nemico — o in luogo dove siano interrotte le comunicazioni. La legge dispone

Nella forma speciale stabilita dagli articoli 799 e 800 possono soltanto testare coloro, i quali sono in militare spedizione per causa di guerra, così in paese estero come nell'interno del regno, od accuartierati o di presidio fuori del regno, o prigionieri presso il nemico, o in una piazza o fortezza circondata dal nemico, od in altri luoghi dove siano interrotte le comunicazioni. Art. 802.

Il testamento dei militari e delle persone impiegate presso l'esercito può essere ricevuto da un maggiore, o da qualunque altro ufficiale di grado uguale o superiore, o da un intendente militare o commissario di guerra, in presenza di due testimoni aventi le qualità volute dall'articolo 791; il testamento sarà ridotto in iscritto, osservando quanto alle sottoscrizioni ciò che è stabilito dall'articolo 794.

Il testamento di militari appartenenti a corpi o posti staccati dall'esercito, può anche essere ricevuto dal capitano o da altro ufficiale subalterno che ne abbia il comando.

Se il testatore è ammalato o ferito, il testamento può anche essere ricevuto dall'ufficiale sanitario di servizio in presenza di due testimoni, nel modo stabilito dall'articolo precedente. Art. 800.

I testamenti di cui è cenno nei due articoli precedenti, devono essere al più presto trasmessi al quartier generale e da questo al ministero della guerra, che ne ordinerà il deposito nell'ufficio di registro del luogo del domicilio o dell'ultima residenza del testatore. Art. 801.

Il testamento fatto nella forma sopra stabilita diverrà nullo tre mesi dopo il ritorno del testatore in un luogo ove possa far testamento nelle forme ordinarie. Art. 803.

§ III.

disposizione comune alle varie specie di testamenti

68. La legge dichiara che

Le formalità stabilite negli articoli 775, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 786, 787, 788, 789, 791, 793, 794, 799 e 800 devono osservarsi sotto pena di nullità.

Se però un testamento segreto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato a riceverlo, non potesse valere come tale, varrà come testamento olografo, qualora ne abbia i requisiti. Art. 804.

Questa disposizione è un omaggio alla libertà del cittadino. La legge rispetta la sua volontà comunque manifestata, purchè la verità di essa sia garentita dalla forma legale istituita come prova di verità dell'atto.

69. E qui fa d' uopo soffermare l'attenzione sopra una disposizione di diritto positivo con la quale si vieta il testamento **copulativo**.

Non si può fare un testamento da due o più persone nel medesimo atto, nè a vantaggio di un terzo nè per disposizione reciproca. Art. 761.

È per lo meno incerto se il testamento copulativo fosse vietato nell' antico diritto romano. Certo nell' anno 446 **Valentiniano III** lo permise *quoniam ne captatorium dici potest duorum fuerit similis affectus et simplex religio testamenti condentium*. Nel patrio diritto napoletano non era vietato, ed un arresto della Corte suprema di Napoli del 25 gennaio 1842 dichiarò valido un testamento **copulativo** averato prima del Codice del 1819. Il divieto di tal testamento venne dall'ordinanza di Francia del 1735 adottata dal Codice napoleone, e da tutti i Codici italiani. Per vero secolari furono

le quistioni occasionate dai testamenti congiuntivi quanto agli effetti della revocazione di una delle parti disponenti, sulla disposizione dell'altro. D'altronde le disposizioni scambievoli erano sospette di suggestione o d'influenze, cosicchè l'abolizione dei testamenti **copulativi** fu generalmente lodata.

Forma del testamento romano

70. La forma del testamento romano fu varia.

a. Nella prima costituzione la proprietà era dello Stato, la concessione al cittadino avveniva in forza di una legge; era logico così, che la trasmissione della proprietà non poteva avvenire altrimenti che per legge. Il testamento non era possibile che sotto la forma di legge. Il testatore si presentava davanti al popolo raccolto nei comizi generali **calatiis comitiis** e nominava il suo erede, il popolo lo sanzionava con i suoi suffraggi.

b. In tempo di guerra il testamento si faceva sul campo, in **procintu**. Il testatore dichiarava la sua volontà innanzi a tre testimoni soldati; il testamento si considerava fatto così innanzi all'esercito, e l'esercito rappresentava il popolo romano.

c. Questi modi semplicissimi erano sufficienti pel popolo nascente, ma ben presto si ebbe bisogno di altri mezzi. I **comitia calata** si tenevano due volte l'anno per la fazione dei testamenti: negli intervalli non vi era modo ad esercitare questo diritto, che nei costumi romani era ritenuto in eminente pregio, cosicchè si riteneva ignominia morire intestato. S'introdusse il testamento per **aes et libram**. Cinque testimoni **cives** rappresentavano il **populus**: il **libripens** era un magistrato o un pontefice: il patrimonio si alienava dal testatore ad un finto compratore, **emptor familiae**, che figurava l'erede. In seguito questo **emptor familiae** interveniva per pura forma, e l'erede nominato dal testatore era il vero erede. Così testò **Augusto**. **Domizio** avolo dell'imperatore **Nerone** fu il suo **emptor familiae**: gli eredi istituiti Tiberio e Livia in primo luogo, Druso e Germanico coi suoi figli maschi in secondo, ed in terzo molti parenti prossimi ed amici, cou legati al popolo, alle tribù, ai soldati.

La forma era questa, **haec ita ut in his tabulis cerisque scriptae sunt ita do, ita lego**. Questo testamento **per aes et libram** ossia per mancipazione, comodissimo, divenne il solo testamento in uso, il testamento **iure quiritum**.

d. A lato di esso vi era il **Pretorio**, il testamento del diritto delle genti, che semprepiù tendeva a scalzare il **jus quiritum**. Il Pretore disse buona la dichiarazione di volontà come testamento fatta alla presenza di sette testimoni, cinque dei quali equivalevano ai cinque del testamento **per aes et libram**, uno in luogo dell' *emptor familiae* e l'altro in luogo del *libripens*. Però questo testamento non era legittimo secondo il **jus quiritum**, non attribuiva l'eredità, ma il solo possesso dei beni ereditari. Il testamento **in procinctu** si sostenne, anzi fu dispensato anche della sua forma. La volontà del soldato sulla sua successione comunque dichiarata costituiva il testamento. Questo privilegio competeva da prima ai soldati appena iscritti nei ruoli dell'armata, ma Giustiniano confermò la giurisprudenza che da molto tempo era invalsa di ritenere privilegiato soltanto il soldato di spedizione.

e. Il testamento **pretorio** camminò gran tempo paripasso col testamento **civile** per mancipazione, ma in prosieguo come questo soppiantò il testamento **calatiis comitiis**, fu scalzato a sua volta dal **pretorio**. Il Pretorio poteva farsi a voce, e dicevasi in tal caso **nuncupativo**. Morto il testatore la sua volontà si contestava coi sette testimoni che avevano intesa la sua dichiarazione, se si metteva in scritto era ciò fatto *probationis causa*, ma la scrittura non era di essenza.

f. Il testamento scritto **mistico** o segreto chiamato **solenne** nel digesto è il nostro testamento **segreto**, con la sola differenza che la presentazione si faceva a sette testimoni scribenti con l'aggiunta di un ottavo, quando il testatore non sapeva scrivere, e tutti firmavano l'involto ed apponevano le loro cifre ed i loro suggelli. I notari non erano conosciuti in Roma.

g. Il testamento **olografo** non era ammesso nel diritto romano. Si fa menzione di esso per la prima volta in una novella di **Teodosio** e **Valentiniano** inserita nel codice **Teodosiano**, ma **Giul-**

stiniano non ne fa cenno, anzi nella legge 21. C. de test. vi deroga, esigendo testimoni anche pel testamento scritto di mano del testatore, sebbene nella novella 107 si ammette la forma olografa per una divisione fatta dal padre di famiglia dei suoi beni tra i figli, cioè in una divisione **inter liberos**. Ma la forma olografa, autorizzata dal Teodosiano fu adottata da tutti i codici meno il Piemontese.

h. Di genuina origine romana fu poi il **codicillo** introdotto la prima volta d'Augusto per i fedecommissi, e poscia esteso per i legati. Il codicillo era un testamento ibrido: *ultima testati vel intestati voluntas de eo quod quis post mortem suam de bonis suis fieri velit, citra directam haeredis institutionem et animum testamenti faciendi*. Il codicillo si poteva fare da chi testava, e da chi non testava, però nell'esistenza di testamento il codicillo anteriore o posteriore seguiva sempre la sorte del testamento, cosicchè cadendo il testamento cadeva il codicillo. Quando vi era codicillo senza testamento, l'eredità era intestata, ed il chiamato od onorato col codicillo domandava agli eredi legittimi il legato o il fedecommissio.

i. Quanto alla forma il codicillo seguiva quella del testamento, e poteva essere perciò **nuncupativo o scritto**.

Il diritto novissimo aveva ancora delle eccezioni per taluni testamenti, come quello in tempo di morbo dominante, nel qual caso era permesso chiamare i testimoni separatamente. I testamenti degli ecclesiastici, nei quali erano manomessi degli schiavi, erano esenti affatto da formole. Pel testamento **rusticano** ossia della gente di contado fatto in caso di necessità bastavano cinque testi, o fra essi un solo scribente.

k. Nè può tralasciarsi di notare che per diritto delle costituzioni si poteva fare testamento pubblico presentandosi alla curia del **municipium**, e facendo registrare in protocollo il testamento, ovvero scrivendo il proprio testamento, e consegnandolo all'imperatore perchè lo custodisse.

71. I germani non riconoscevano testamento, ma avevano dei **pacta successoria** equivalenti a donazioni a causa di morte, cioè da valere dopo la morte del disponente. I goti riconobbero il testamento romano. **Rotari** ammise la donazione **causa mortis** ma

non il testamento. Dai Longobardi in poi fu generalmente adottato il sistema romano.

SEZIONE IV.

della porzione di cui si può disporre per testamento

72. La proprietà è il diritto di godere e disporre della cosa nel modo più assoluto. L'uso e l'abuso, la conservazione e la distruzione tutto è compreso in questo ampio diritto. Però l'assolutismo nella valutazione dei diritti non è possibile, vuoi nel campo puro della ragione, vuoi nel riflesso di essa sul mondo esteriore, cioè nel campo dei fatti. Diritto assoluto non esiste altrimenti che in quel processo intellettuale che dicesi astrazione. Nel dominio dei fatti non vi è diritto senza un dovere correlativo. Un uomo è proprietario di un ricco patrimonio, ma al tempo stesso ha una famiglia che ha origine da lui e verso la quale è legato dai doveri di paternità, o dalla quale egli stesso deriva, e verso la quale è legato da doveri di figliolanza. Egli ha un coniuge che completa la sua esistenza, che divide con lui le gioie e le sventure della vita. Ebbene ! potrebbe quest' uomo fare astrazione da tutti questi rapporti e doveri, per dare al suo diritto di proprietà una estensione assoluta ed indipendente da ogni riguardo ai figli, agli ascendenti, al coniuge ? Ricordiamo ancora una volta che la libertà umana non è la libertà di Dio, libero senza necessità. Di fronte alla libertà dell' uomo, di fronte al libero svolgimento della sua azione, vi è la necessità di svolgere quell' azione nell' ordine di ragione costituito dai rapporti dell' uomo con la natura esteriore. Così a lato del diritto di proprietà, vi è il dovere di famiglia: a lato della libera disposizione di quella proprietà, vi è il dovere di provvedere con essa al bisogno della famiglia; di fronte all' assolutismo vi è una necessità, di fronte ad un diritto un dovere che lo condiziona, e la ragione chiamata a pronunziarsi in una posizione siffatta non esita un momento per dare il suo verdetto, riconoscendo nel proprietario la libera disposizione della sua proprietà, salvo una riserva a favore della sua famiglia.

La legge positiva, emanazione del diritto della ragione, non può contraddire ai precetti di natura, ed a sua volta impone al proprietario che dispone della cosa sua, il dovere di riserva a favore degli ascendenti, dei discendenti e del coniuge, accorda agli ascendenti, ai discendenti, al coniuge il diritto di legittima. Se non che la disposizione del patrimonio può farsi in due modi o a titolo di **liberalità**, o per un vantaggio correlativo qualunque, che nel tecnicismo del diritto dicesi a **titolo oneroso**.

Le disposizioni a titolo oneroso sono sostenute da un principio economico, la di cui applicazione dipende da condizioni, che debbono esser lasciate nell'assoluto dominio della valutazione privata. La legge non può impacciarsi a vedere se il proprietario nel disporre a **titolo oneroso** della cosa sua, faccia buoni o cattivi affari.

Lo stato non è il tutore o curatore dei cittadini, non ha il diritto di penetrare nella economia familiare di coloro, che ha riconosciuto capaci del godimento ed esercizio dei diritti civili. Lo stato invece ha il dovere di garantire il libero svolgimento di questa capacità. Se per avventura in questo svolgimento si scorgesse uno sciupio sistematico, rivelatore di una incapacità momentanea o permanente di amministrare, vi provvede con la interdizione o con l'inabilitazione.

Colui che dispone della cosa sua a **titolo oneroso** non può aver limiti nell'esercizio del diritto di proprietà, quand'anche al suo lato vivano esseri a' quali è dovuta una riserva. Egli in rapporto a costoro industria, commercia per un correlativo in cui vi è sempre il fondo della riserva. Il suo fatto è inappuntabile quantunque in quella industria potrebbe celarsi l'aumento o la perdita totale di quel fondo, la fortuna o la sventura, il lucro o il danno di tutti.

Negli atti di **liberalità** non vi è correlativo, e la disposizione a siffatto titolo non lascia alcun fondo alla riserva, quindi la libera disposizione del proprietario si arresta di fronte al diritto dei riservatari.

Da ciò il principio la **riserva** ha luogo nelle disposizioni a titolo di liberalità ossia a titolo gratuito, ma non ha riguardo nelle disposizioni a titolo oneroso.

73. A lato della riserba vi è la **disponibile**, cioè la parte lasciata interamente alla libera disposizione del proprietario.

La giustificazione della disponibile è nella natura istessa del diritto di proprietà, è nell'ordine ed economia delle famiglie è nell'economia politica, in una parola è un bisogno dell'uomo e del cittadino.

Il diritto di proprietà riconosciuto nella sua espressione, la libera disposizione, l'uso e l'abuso della cosa sua, può subire delle modificazioni, ma non essere interamente distrutto. Se l'intero patrimonio fosse **riserva** non vi sarebbe più diritto di proprietà. L'ordine e l'economia delle famiglie esigono che il padre moderatore ed arbitro abbia una sanzione in suo potere, abbia mezzi per premiare e per punire o per eguagliare delle situazioni, che la natura o la fortuna han fatto disuguali fra eguali e ciò per mantenere l'equilibrio, o anche per far traboccare la bilancia dal lato ove giustizia l'esige. Un potere non armato di freno non è potere. Anche la speranza di premio è fattore di educazione. La disponibile provvede a tutto ciò.

Ulpiano la giustificava con la speranza che nasce dalla riverenza filiale: *Ne diminuatur spes quam unusquisque liberorum obsequio parat sibi*.

Papiniano la diceva mezzo di provocare l'ossequio dei figliuoli alla paterna autorità, per acquistar merito alla loro considerazione — **Bossuet** riconosceva in essa il cemento della famiglia — **Napoleone** la diceva mezzo come salvare da una eccessiva suddivisione almeno la casa, il focolare domestico.

L'interesse sociale accoglie la disponibile come incoraggiamento alla produzione ed aumento della ricchezza. Per vero, sarebbe poco spinto al lavoro produttore colui, che sapesse non poter sodisfare col frutto dei suoi sudori o un generoso sentimento di bene, o un dovere di gratitudine, nè godere la soddisfazione del soccorso alla miseria ed al bisogno altrui, od anche di una voluttà.

74. Nel trattare della disponibile il codice italiano determina la riserba dovuta come legittima ai figli e discendenti, a' genitori ed ascendenti; come diritto successorio al coniuge ed ai figli naturali. E poichè riserva induce ad inviolabilità, e la inviolabilità esige di conseguenza

la riduzione delle disposizioni che la violano sino alla sua integrazione, tratta della legittima e dei diritti di successione del coniuge e dei naturali, e della riduzione delle disposizioni eccessive, in tre distinti paragrafi della IV sezione.

§ I.

della porzione legittima dovuta ai discendenti ed agli ascendenti

75. La riserva è di diritto naturale, e la legge positiva la proclama in omaggio del principio razionale di cui è l'espressione. Ma l'entità di questa riserba è un problema di economia relativo alla organizzazione della proprietà, che s'informa dai principii direttivi della costituzione politica della nazione. La entità della riserba è di statuto personale, ed ha sua sede nella legge della nazione a cui il proprietario appartiene. Egli è perciò che riconosciuta in massima dai codici tutti una riserba, non è poi egualmente da tutti regolata la sua entità.

Due sistemi si sono seguiti per determinare questa entità. Il sistema della quota **fissa**, qualunque sia il numero dei riserbatari, fu seguito dal Codice napoletano e dall' Estense. Il sistema della quota **proporzionale** fu ritenuto dal Codice francese, parmense, austriaco, ed albertino. Non vale la pena analizzare nella loro intrinseca natura questi sistemi. Occorre appena cennare che quello della quota proporzionale presentava in pratica complicazioni ed imbarazzi senza il compenso di vantaggi esclusivi. Il legislatore italiano saviamente si è attenuto al sistema della quota fissa.

76. La riserva dei **discendenti** è la **metà** dell'asse, quella degli **ascendenti** il **terzo**. Senza di essi non vi è riserva: il testatore può disporre di tutti i suoi beni, salvo i diritti del coniuge e dei figli naturali di che parleremo.

Le liberalità per testamento non possono oltrepassare la metà dei beni del testatore, se questi morendo lascia figli, qualunque sia il numero dei medesimi.

L'altra metà è riservata a vantaggio dei figli, e forma la loro porzione legittima. Art. 805.

Sotto nome di figli sono compresi nell'articolo precedente i figli legittimi, i legittimati, gli adottivi e i loro discendenti

I discendenti però non si contano che per quel figlio che rappresentano. Art. 806.

Se il testatore non lascia nè figli nè discendenti, ma ascendenti, non può disporre che dei due terzi dei beni.

La porzione legittima, ossia il terzo spetta al padre e alla madre per eguale porzione, ed in mancanza di uno de' genitori spetta interamente all'altro.

Non lasciando il testatore nè padre nè madre, ma ascendenti nella linea paterna o materna, la porzione legittima spetta per metà agli uni e per metà agli altri, ove siano in grado eguale: ove siano in grado ineguale, spetta per intero ai prossimi dell'una o dell'altra linea. Articolo 807.

Il testatore che non lascia superstiti discendenti o ascendenti, può disporre di tutti i suoi beni a titolo universale o particolare.

Restano però salvi i diritti del coniuge superstite e dei figli naturali a norma del § II di questa sezione Art. 809.

77. Questa riserba è quota di eredità. Essa è dovuta ai figli e discendenti o ascendenti in piena proprietà, e senza alcun peso o condizione (1).

La frase **la riserba è quota di eredità** ha una importanza storica di che parleremo. Riteniamo per ora il principio che la riserva è sacra ed inviolabile a favore dei riservatari. Essa è al coperto di ogni disposizione che indirettamente potrebbe colpirla. I riservatari che sono minacciati di vederla scemata da una disposizione testamentaria qualunque, che nella sua entità e valore potesse eccedere la quota disponibile, se ne garentiscono trincerandosi nel loro diritto di legittimari, abbandonando ogni pretensione sulla disponibile (2).

(1) La porzione legittima è quota di eredità: essa è dovuta ai figli, discendenti o ascendenti in piena proprietà e senza che il testatore possa imporvi alcun peso o condizione. Art. 808.

(2) Quando il testatore dispone di un usufrutto o di una rendita vi-

Queste disposizioni eccedenti la disponibile possono essere colorate da un contratto a titolo oneroso simulato a favore di uno dei legittimari in pregiudizio degli altri. La riserba sarà sempre al coperto, imperocchè il valore di quella proprietà obbiettivo del contratto sarà sempre preso sul disponibile, e quando l'eccederà, l'eccesso dovrà essere conferito nella massa. Certamente la disponibile è in piena disposizione del proprietario. Egli può darla ad un legittimario come ad uno estraneo, quindi delle due l'una: o questo contratto con uno dei successibili è nei limiti della disponibile ed allora nessuno ha il diritto di lamentarsene. Il padre di famiglia anche simulando con uno dei suoi riserbatarî un contratto a titolo oneroso, darebbe sotto il nome di rendita vitalizia o di vendita con riserba di usufrutto ciò che avrebbe potuto dare senza maschera con una donazione diretta. Se tale alienazione eccede la disponibile gli eredi legittimari senza imbarazzarsi della verità o della simulazione del contratto oneroso han diritto a ripetere l'eccesso. E qui notate l'economia della legge, per garentire l'invulnerabilità della riserva. Qualunque contratto in generale può essere attaccato di simulazione e di frode da chi vi ha interesse; ma questo interessato ha sempre a suo carico la prova della simulazione e frode. Nel caso di un contratto a titolo oneroso tra il padre ed uno dei riserbatarî, questa prova non è necessaria. La simulazione è presunta **juris et de jure**, è un vero giuridico. I legittimari lesi non han dovere di provare la simulazione, il legittimario contraente non ha diritto di provare la verità della causa. Egli deve senz'altro rilasciare l'eccesso. Una sola eccezione lo dispenserebbe da questo dovere, cioè l'assenso dei legittimari medesimi dato all'alienazione. Questo concorso dei legitti-

talizia, il cui reddito eccede quello della porzione disponibile, gli eredi a vantaggio dei quali la legge riserva la porzione legittima, hanno la scelta o di eseguire tale disposizione, o di abbandonare la proprietà della porzione disponibile.

La stessa scelta spetta ai legittimari nel caso in cui si è disposto della nuda proprietà di una quota eccedente la porzione disponibile. Articolo 810.

mari nel contratto vale di prova della verità della causa onerosa, ma questo consenso dev'essere libero, coscienzioso, leale.

La presunzione **juris et de jure** è sempre una eccezione al diritto comune, quindi non è lecito invocarla fuori del caso e circostanza per la quale è dalla legge espressamente ritenuta. Ora la legge per ritenere simulato il contratto tra il padre ed uno dei successibili legittimari non prevede un contratto qualunque, ma una alienazione a **capitale perduto**, o con riserva di usufrutto. L'alienazione a **capitale perduto** è la rendita vitalizia costituita mercè la dazione di un fondo. Il padre, per esempio, dona al figlio un fondo purchè il figlio gli sborsi 2000 lire l'anno sua vita durante. Il figlio prende il fondo, il padre non esige la rendita, il figlio guadagna quel fondo in pregiudizio dei fratelli. La vendita con riserva di usufrutto porta al medesimo risultato. Nulla di più ovvio presumere che il padre non esiga la rendita, non goda dell'usufrutto per vantaggiare il figlio acquirente a danno dei fratelli. Or non tutti i contratti possono prestarsi ad una presunzione così facile così naturale da autorizzare la deduzione di un vero giuridico. Data una vendita semplice, anche questa può larvare una preferenza, un vantaggio indiretto, una vendita simulata, ma questa simulazione dovrebbe esser provata dai legittimari che la impugnano (1).

Si è quistionato se l'alienazione a fondo perduto con la destinazione della rendita a favore di un terzo sia compresa nell'art. 811 e la giurisprudenza fu fluttuante, discordi gli scrittori. Va però ritenuto dai più, che l'alienazione a fondo perduto è presunta simulata nei soli rapporti tra l'ascendente e discendenti legittimari, non nel rapporto del terzo.

(1) Il valore della piena proprietà dei beni alienati ad un legittimario a capitale perduto o con riserva di usufrutto, sarà imputato alla porzione disponibile, e l'eccedente sarà conferito alla massa.

Questa imputazione e questa collazione non possono essere domandate da quelli fra i legittimari che abbiano dato il loro assenso all'alienazione. Art. 811.

13 — Vol. 3.^o — CALC. Cod.

dei diritti del coniuge e dei figli naturali nelle successioni testamentarie

78. Il coniuge in famiglia ha una posizione analoga alla missione ch'è destinato a compiere a lato del coniuge ed in rapporto ai figli. Questa posizione è distrutta dalla separazione personale. Pronunziata la sentenza di separazione il coniuge che vi ha dato causa non ha alcun diritto nè sulla successione legittima nè sulla testamentaria. Ma se nulla è venuto ad alterare la posizione che la natura e la legge positiva hanno assegnata ai coniugi nel loro scambievolmente rapporto e nel rapporto coi figli, non può negarsi all'uno quella partecipazione ai beni dell'altro, ch'è giustificata dalla loro vita individua, dal condominio di famiglia, dalle convenienze sociali che non consentono considerare nello scioglimento del matrimonio per nulla, quell'ente che durante il matrimonio era capo assoluto o relativo nel governo della famiglia, e fattore dei vantaggi della economia domestica. Morta la moglie il marito non può senza ingiustizia divenire estraneo su quei beni di cui altra volta raccoglieva tutto l'utile, e per la conservazione od aumento dei quali ha profuso le sue cure e le sue fatiche. Morto il marito la moglie che ritirava da' beni di lui e gli agi e le soddisfazioni del lusso, non può senza ingiustizia restare estranea a quei beni al di cui prosperamento ha contribuito con una saggia economia ed un regolato governo dell'azienda familiare.

In costanza di matrimonio il coniuge ha diritto a ritirare dai beni dell'altro gli alimenti quando non abbia altro d'onde trarli, e la moglie ha sempre il diritto di esser decorosamente mantenuta dal marito. Questi diritti relativi all'essere, alla vita del coniuge non possono perdersi che con la vita istessa a cui servono. In tutti i conti indecoroso e ributtante alla coscienza pubblica sarebbe passare repentinamente dalla ricchezza o almeno dall'agiatezza alla miseria. Sublime generoso ed al tempo istesso sovraneamente giusto fu il pensiero del legislatore italiano, nell'assicurare al coniuge superstite una posizione confacente sui beni del coniuge defunto intestato. Illogico

sarebbe stato rilasciare questa posizione in balia del coniuge, ove costui potesse distruggerla dettando la sua legge successoria. Come ai discendenti ed ascendenti è dovuta una riserva, così è pure dovuta al coniuge sopravvivate.

Ma qual' è la misura di questa riserva? Nella posizione di famiglia il coniuge vale per lo meno un figlio ove concorre con essi. Di fronte agli ascendenti ha maggiori riguardi, e questi crescono ancor più in mancanza di discendenti ed ascendenti, quindi la riserva del coniuge superstite è **eguale alla legittima** di un figlio in concorso di essi, è il **quarto** dell' intero asse concorrendo con gli ascendenti, è il **terzo** quando concorre con altri legittimari. Se non che attuato così un principio razionale doveva la legge provvedere ad un bisogno economico sociale. La riserva del vedovo o della vedova è un riguardo tutto personale, è un provvedimento diretto ad assicurare la vita, ed una continuazione di quell' agiatezza di che godeva durante il matrimonio. Esaurito questo bisogno non sarebbe giustificabile una maggiore deferenza. Certamente il coniuge testatore può fare per il consorte tutto quello che la legge vuole, ma se tace, egli dice abbastanza di non voler concedere al coniuge sopravvivate riguardo maggiore di quello che la legge gli dà. La legge che impone questa riserva al coniuge testatore a favore del coniuge che sopravvive per provvedere a mezzi di vita di costui, non può volerne più del bisogno, e questo bisogno è esaurito quando il coniuge sopravvivate percepisce tutto l' utile della sua riserva. Non è necessario quindi che la riserva del sopravvivate sia in proprietà; l' usufrutto è quanto basta all' attuazione dello scopo cui è diretta. Questa riserva è già una restrizione alla libera disposizione della cosa sua garantita al proprietario, è la violazione di un diritto, richiesta dalla necessità. Se questa necessità mancasse, la violazione sarebbe un delitto. Imporre la riserva pel coniuge sopravvivate in proprietà importerebbe contraddire al principio fondamentale del sistema legislativo, cioè alla inviolabilità dei diritti del cittadino. D' altronde questa riserva in proprietà potrebbe tornare dannosa all' economia rurale dei beni ereditari, e complicherebbe le operazioni di divisione fra gli eredi. La ri-

serva del coniuge è in usufrutto. È quanto basta allo scopo cui è diretta (1).

79. Chiamati i naturali riconosciuti alla successione intestata del genitore, era necessità mettere questo loro diritto anche al coperto della instabilità dell'affetto paterno, ed assicurar loro una riserva in caso di testamento. Questa riserva è la metà di quanto sarebbe loro spettato se fossero legittimi, concorrendo con ascendenti, o con discendenti legittimi; cosicchè dato che i figli naturali sian due in concorso di quattro legittimi, se la metà dell'asse costituente la riserva fosse 72 mila lire, dovendo dividersi in sei, prenderebbero 12 mila lire per ciascuno, delle quali sarebbero dovute ai naturali 6 mila, cioè la metà di 12 che avrebbero preso se fossero stati legittimi.

In mancanza di discendenti o ascendenti legittimi i figli naturali han diritto a due terzi della quota che sarebbe loro spettata se fossero legittimi. Anche qui i figli legittimi del naturale riconosciuto han diritto a reclamare i diritti dovuti al genitore premorto. (2).

(1) Il coniuge contro cui non sussista sentenza di separazione personale passata in giudicato, ha diritto sulla eredità dell'altro coniuge, nel caso che questo lasci figli legittimi o loro discendenti, all'usufrutto di una porzione uguale a quella che spetterebbe a ciascun figlio a titolo di legittima, comprendendo nel numero dei figli anche il coniuge. Art. 812.

Se il testatore non lascia discendenti ma ascendenti, la parte riservata al coniuge è il quarto in usufrutto. Art. 813.

La quota di usufrutto del coniuge è il terzo, quando il testatore non lascia nè discendenti nè ascendenti aventi diritto a legittima. Art. 814.

(2) Quando il testatore lascia figli o ascendenti legittimi e figli naturali legalmente riconosciuti, questi ultimi hanno diritto alla metà della quota che loro sarebbe spettata se fossero legittimi.

Per il calcolo della porzione dovuta ai figli naturali fanno numero anche i figli legittimi, con facoltà a questi di soddisfarla nei modi stabiliti dall'articolo 744. Art. 815.

Quando non vi sono discendenti nè ascendenti legittimi, i figli naturali hanno diritto a due terzi della quota che loro sarebbe spettata se fossero legittimi. Art. 816.

I discendenti legittimi del figlio naturale premorto possono reclamare i diritti stabiliti a favore di lui negli articoli precedenti. Art. 817.

80. Classificati così i diritti dei discendenti ed ascendenti legittimi dei figli naturali riconosciuti e del coniuge superstite sull'asse di colui che muore disponendo della sua proprietà è necessario determinare l'indole di questi diritti. Questa ricerca risolverà una questione annosissima negli annali del foro.

È indubitato che ai figli e discendenti, ai genitori ed ascendenti, al coniuge superstite, ai figli naturali riconosciuti è data dalla legge una quota dei beni che il defunto, padre figlio o coniuge rispettivamente, lascia all'epoca della sua morte, e questa attribuzione è fatta tanto nel caso di successione legittima che testamentaria; locchè importa che tal quota è dovuta anche contro la volontà del defunto, è cosa che proviene dalla legge non dall'uomo, vale a dire è una porzione **legittima**.

Tutti coloro ai quali è dovuta sulla successione di un uomo una quota legittima, sono **legittimari** ossia **riservatari**, cioè aventi diritti ad una **riserva**. E poichè questa riserva o legittima è dovuta ai figli, ai discendenti, ai genitori ed ascendenti legittimi, ai figli naturali riconosciuti, al coniuge superstite, è rigorosamente logico ritenere costoro **tutti** legittimari, tutti **riservatari**. Data l'apertura di una successione, data l'esistenza di esseri che siano col defunto in uno dei rapporti sopra menzionati, ed il patrimonio ereditario per opera della legge si considera diviso in due parti delle quali una costituisce il fondo della riserva, l'altra il fondo della disponibile. Dato un uomo che abbia un patrimonio qualunque e persone nei rapporti sopra menzionati, e la libertà di questo uomo sulla disposizione del suo patrimonio si circoscrive alla disponibile. La riserva è sottratta alla sua azione e disposizione a titolo gratuito. I riservatari la prendono dalla legge non dall'uomo. Questa riserva è sacra e inviolabile perchè l'azione dell'uomo non giunge sino ad essa.

Questa condizione giuridica rigorosamente considerata non dovrebbe affatto riguardarsi come successione ereditaria, ma come una continuazione di dominio o meglio come un completamento di dominio in persona dei riservatari, i quali alla morte del loro ascendente discendente o consorte, assumono il godimento di quella parte di patrimonio che appartenendo loro in proprietà vivente l'**autore**, era

tenuta in riserva da lui. In altri termini la legittima è un debito ereditario anziché l'eredità. E tale era considerata dal diritto romano che la chiamava **debitum bonorum subsidium**, cioè credito ereditario. In quel sistema la eredità era costituita da ciò che avanzava dal patrimonio, dedotta la legittima. L'eredità romana in somma era ciò che ora chiamiamo **disponibile**. Su questa parte il proprietario romano, volendo, poteva istituire il suo erede, e l'erede istituito pagava ai legittimari la legittima in un modo qualunque, imperocché questa legittima costituiva un diritto personale che non affettava i beni costituenti l'eredità. **Giustiniano** innovò alquanto questa teoria, riconobbe la legittima dovuta ai figli come figli, agli ascendenti come ascendenti non come eredi, però questa legittima non fu più un credito ereditario, un diritto personale, **portio portionis**, ma diritto reale, parte della eredità, **quota bonorum**.

Il principio informatore della teoria era questo: **l'uomo fa l'erede**: la legge può attribuire diritti sulla eredità più o meno estesi sia reali che personali, ma non può creare l'erede. Questo principio era conseguenza della famosa legge decemvirale *uti pater familias legasset super tutela pecuniae rei suae ita ius esto*. Questo principio ebbe il suo impero e lungo impero, nei paesi che han seguito il diritto romano. Però dove il sistema romano non ebbe successo surse un principio opposto al romano cioè: **la legge fa l'erede, l'uomo fa legati**; quindi si è invertita la posizione giuridica risultante dalla legge decemvirale **l'eredità è la disponibile**, in quella espressa dalla massima **l'eredità è la riserva**, la disponibile è il fondo della liberalità; e **Dumoulin** in Francia proclamando il nuovo principio surto nei paesi consuetudinari, disse, *non habet legitimam nisi qui haeres est*. Il codice Napoleone si tenne al diritto consuetudinario, ed il principio **il morto impossessa il vivo** fu una felice espressione dell'opera della legge che direttamente ed immediatamente trasferisce l'eredità dal morto al vivo, cosicché l'ultimo respiro del morto è il primo respiro dell'erede sul patrimonio ereditario, e questo erede è il **legittimario**, cioè colui che ha la sua qualità dalla legge, senza che vi concorra la volontà dell'uomo, anzi contro e malgrado la volontà dell'uomo. La teoria del codice Na-

poleone è ritenuta dal codice Italiano. **La porzione legittima è quota di eredità.** Questa frase dell'art. 808 tronca recisamente la quistione sulla natura della legittima, quistione che per mezzo secolo ha fatto il giro di tutti i tribunali di Europa.

Se non è più lecito dubitare che la legittima è quota di eredità se il discendente e l'ascendente legittimo, il **coniuge superstite** ed i figli **naturali** hanno una legittima, non può negarsi che essi siano **eredi** nè più nè meno che lo sono gli ascendenti ed ascendenti legittimi.

E pure il codice Italiano che per il primo si spinse a riconoscere nel coniuge e nei figli naturali dei **legittimari**, non osa compiere come doveva l'ardita riforma, si arresta in mezzo al cammino e nega al coniuge ed al naturale la qualità di **erede**.

Il legislatore italiano non osa fondere insieme, nella teoria della legittima, quella dovuta ai figli discendenti ed ascendenti legittimi e quella dovuta al coniuge ed ai naturali, e mentre chiama **porzione legittima** quella dovuta ai discendenti ed ascendenti, e la regola nel paragrafo 4 della sezione IV capo II titolo II con gli articoli 803 ad 811, chiama semplicemente **diritto nella successione testamentaria** la legittima del coniuge e dei figli naturali, e la regola nel paragrafo II della sezione istessa con gli articoli 812 ad 820. In un sistema legislativo non si usano due vocaboli diversi per esprimere un concetto identico, non si svolgono sotto rubriche diverse diritti e condizioni identiche. Se il legislatore avesse voluto, come avrebbe dovuto, spingersi sino all'ultima espressione della sua razionale riforma, e pareggiare la condizione degli ascendenti discendenti coniuge e naturali nel rapporto di legittima, avrebbe recisamente chiamati eredi legittimi, riserbatarli ed il coniuge ed i naturali, a lato dei discendenti ed ascendenti nel paragrafo I della sezione IV.

Il legislatore italiano di fronte alla secolare quistione sulla natura della porzione legittima, la tronca recisamente, e con l'art. 808 proclama che **la porzione legittima è quota di eredità**, ma immediatamente soggiunge, **essa** è dovuta ai **figli discendenti o ascendenti** in piena proprietà. Perchè non comprende fra i legittimari nel concetto dell'art. 808 il coniuge ed i naturali? Perchè la

legittima di costoro non è dovuta in piena proprietà ed incondizionata. La legittima del coniuge è in usufrutto, la legittima del naturale è in proprietà, ma e l'una e l'altra non si prendono dal fondo della riserva, si bene dalla disponibile cioè dal fondo delle liberalità, senza portare diminuzione alcuna alla legittima spettante ai discendenti legittimi od ascendenti (1).

La legittima è quota di eredità in piena proprietà ed incondizionata, l'erede legittimario l'assume in natura; ma la legittima del coniuge e del naturale può essere soddisfatta dai legittimari nel concetto dell'art. 808, nei modi prescritti dall'art. 744, cioè in danaro o in beni stabili a giusta stima quanto ai naturali, ed in quanto al coniuge o mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia, o mediante l'assegno dei frutti di beni immobili o capitali ereditari da determinarsi di accordo, e altrimenti dall'autorità giudiziaria avuto riguardo alle circostanze del caso (2). Non giova per ora indagare l'importanza dell'alinea dell'articolo 819 che si riferisce al modo di garanzia che la legge accorda a questo diritto del coniuge.

L'erede ha la rappresentanza ereditaria. La temporaneità esclude la rappresentanza ereditaria, la rappresentanza a titolo universale (art. 831). L'usufrutto è un diritto temporaneo, il coniuge usufruttuario nella sua legittima non ha, quanto a questa, rappresentanza ereditaria, quindi non è erede.

Il coniuge con la sua legittima non tocca i beni ereditari da quali è allontanato a volontà degli eredi legittimari, dunque il coniuge le-

(1) La porzione dovuta al coniuge ed ai figli naturali non porta diminuzione della legittima spettante ai discendenti legittimi od agli ascendenti, e forma così una detrazione della parte disponibile. Art. 818.

(2) È in facoltà degli eredi di soddisfare alle ragioni del coniuge o mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia, o mediante l'assegno dei frutti di beni immobili o capitali ereditari da determinarsi d'accordo, e altrimenti dall'autorità giudiziaria avuto riguardo alle circostanze del caso.

Sino a che il coniuge non sia soddisfatto delle sue ragioni, conserva i suoi diritti di usufrutto su tutti i beni ereditari. Art. 819.

gittimario non è, quanto a questa, erede, e l'illustre **Pisanelli** apertamente diceva al Senato: *la quota devoluta al coniuge non è una vera legittima in proprietà, e quindi non gli attribuisce la qualità di erede. A questo concetto corrisponde il precetto legislativo dell'articolo 819.*

I figli naturali han diritto alla proprietà della metà o dei due terzi della quota che sarebbe loro spettata se fossero legittimi, ma questa quota può esser soddisfatta senza interessare la materialità dei beni ereditari, senza portar diminuzione alla legittima dei discendenti ed ascendenti, è una detrazione della disponibile, dunque non è eredità. Il naturale ha qualche cosa di più del coniuge in quantocchè, per lui vi ha rappresentanza a modo universale, vi ha proprietà come obbiettivo del diritto, e pure non vi è l'eredità. Lo diceva espressamente il Senatore **Vacca** nella sua relazione al Senato: *nel concetto giuridico codesto anomalo diritto di riserva dei figliuoli naturali riconosciuti si traduce in un'azion di credito anzichè in una quota haereditatis.* Fermiamoci adunque nel principio che al coniuge, al naturale riconosciuto è dovuta una riserva, una legittima, ma questa legittima **non è l'eredità**. Il coniuge superstite non è erede del marito, il figlio naturale non è erede del suo genitore. Entrambi hanno diritto sulla eredità del coniuge e genitore rispettivo, diritto che si chiama legittima senza essere eredità.

81. Il coniuge tuttochè non è erede, è riservatario nel senso che egli non può non avere il suo usufrutto. Ora è nell'indole di qualunque riserva che, per opera della legge scenda dal defunto al riservatario; dunque il coniuge senza essere erede gode di un diritto di usufrutto sulla eredità del coniuge premorto, diritto che lo investe direttamente fin dal momento dell'apertura della successione senza bisogno di materiale apprensione, senza bisogno di domandare ed ottenere il rilascio de' fondi da usufruire, dall'erede legittimo. La riserva del coniuge si assimila su questo rapporto alla legittima dei figli e discendenti ed ascendenti legittimi. La legittima investe l'eredità tutta sino alla divisione, il coniuge col suo diritto di usufrutto investe l'eredità, ma con un diritto ereditario *sui generis*, che ha tutti i diritti e le garantie della legittima meno la obbiettività, in quantoc-

chè obbietto della legittima è una quota di eredità in pieno dominio, mentre l'obbietto della riserva del coniuge è un usufrutto che può essere soddisfatto senza interessare la materialità dei beni ereditari. Un diritto che investe l'eredità dal momento dell'apertura della successione sino alla sua integrale soddisfazione, non può essere un diritto puramente personale come a taluno dei moderni scrittori è piaciuto qualificarlo. Questo diritto personale sarebbe un controsenso dell'articolo 819.

Le medesime garentie sono assicurate alla riserva del naturale. Ad ogni modo nè il coniuge nè il naturale riconosciuto possono per qualunque causa avere una quota maggiore di quella che la legge loro attribuisce, in modochè nelle loro rispettive quote debbono comprendere quanto per avventura avessero potuto ricevere per legali compresi nel testamento del coniuge o genitore rispettivo. Il coniuge deve imputare nella sua quota tutto ciò che gli sia pervenuto per effetto delle convenzioni matrimoniali, il naturale tutto ciò che abbia ricevuto in vita dal genitore, e che sia soggetto ad imputazione (1).

Si noti però che qui si tratta di vedere l'entità della quota di riserva dovuta al coniuge ad ai figli naturali, quando anche il testatore non l'avesse affatto considerati nel suo testamento. Se a loro favore concorrono disposizioni testamentarie si tien conto del valore di esse per determinare la riserva, integrarla, e ridurla secondo i casi, e fermo sempre quanto ai naturali il divieto dell'articolo 768.

(1) Il coniuge superstite ed il figlio naturale, per le quote di usufrutto o di proprietà rispettivamente loro attribuite, godono degli stessi diritti e delle stesse garentie di cui godono i legittimari riguardo alla legittima, salvo ciò che è stabilito dagli articoli 815 e 819.

Ma sì il coniuge come il figlio naturale, oltre quanto sia loro lasciato per testamento, devono imputare alle rispettive quote, il primo tutto ciò che gli sia pervenuto per effetto delle convenzioni matrimoniali, il secondo tutto ciò che abbia ricevuto in vita dal genitore e che sia soggetto ad imputazione, a norma delle disposizioni contenute nella sezione IV del cap. III di questo titolo. Art. 820.

§ III.

della riduzione delle disposizioni testamentarie

82. La riserva è inviolabile. Conseguenza di questa inviolabilità è la riduzione delle disposizioni testamentarie. La disponibile è il fondo delle liberalità. Se da precedenti donazioni questo fondo è esaurito, il testatore non ha più di che disporre. Le disposizioni a vuoto non hanno effetto. Se non vi sono donazioni precedenti, o se nella loro esistenza resta ancora qualche cosa da disporre, il testatore può istituire eredi o legatari, sino alla concorrenza del disponibile; ma se eccede questa misura, le sue disposizioni si riducono per integrare la riserva violata.

83. All'apertura di una successione possono trovarsi interessati i riservatari di fronte ai creditori dell'eredità, dei donatari, degli eredi testamentari, de' legatari.

I diritti di costoro non possono essere determinati altrimenti che ottenendo un primo noto, cioè il valore del patrimonio che si trova alla morte del testatore, locchè nel tecnicismo legale dicesi **formar la massa**.

La massa si forma mettendo insieme tutti i beni del testatore al tempo della morte, e ciò si ottiene con l'**inventario**.

Formata la massa, poichè *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*, dal valore complessivo dei beni del defunto si detrae l'ammontare dei debiti. Il reliquato indica il valore dei beni lasciati dal testatore.

Se vi sono donazioni precedenti è chiaro, che il loro valore rappresentando una detrazione del disponibile, dev'esser tenuto in conto per determinare il limite di questo; quindi si riunisce al reliquato precedentemente ottenuto dalla sottrazione dei debiti, l'ammontare delle alienazioni calcolando i mobili pel loro valore al tempo della donazione, e gli immobili secondo il loro **stato** al tempo delle donazioni e **valore** al tempo della morte del testatore. L'ammontare

indica l'asse. Determinato l'asse si fissa l'ammontare della disponibile, avuto riguardo alla qualità dei riservatari (1).

Così se vi sono riservatari discendenti la disponibile è la metà dell'asse. In tutti gli altri casi di concorso di riservatari, la disponibile comprende i due terzi dell'asse.

Compiuta questa operazione il resto è semplicissimo.

Se il valore delle donazioni eccede o eguaglia la quota disponibile, tutte le disposizioni testamentarie sono senza effetto. Art. 823.

In tal caso, ove si trattasse di eccesso, sarebbe questione di riduzione di donazione, non di disposizione testamentaria.

Quando le donazioni non avessero esaurito la disponibile, e fosse restata ancora materia da disporsi, i donatari non entrerebbero in questione. Il testatore può fare eredi o legatari. Le sue disposizioni testamentarie eccedenti la disponibile o la quota rimasta detratte le donazioni, si riducono in proporzione di valore senza distinzione alcuna, siano a titolo di eredità o legato, sino ad integrare la legittima violata (2) purché il testatore non avesse dichiarato di preferire una

(1) Le disposizioni testamentarie, le quali eccedono la porzione disponibile, sono riducibili alla detta porzione al tempo in cui si apre la successione. Art. 821.

Per determinare la riduzione si forma una massa di tutti i beni del testatore al tempo della morte, detraendone i debiti.

Si riuniscono quindi fittiziamente i beni di cui è stato disposto a titolo di donazione, quanto ai beni mobili secondo il loro valore al tempo delle donazioni, e quanto ai beni immobili secondo il loro stato al tempo delle donazioni ed il loro valore al tempo della morte del donatore, e sull'asse così formato si calcola quale sia la porzione di cui il testatore ha potuto disporre, avuto riguardo alla qualità degli eredi aventi diritto a riserva. Art. 822.

(2) Se le disposizioni testamentarie eccedono la quota disponibile, o la porzione di questa quota che resterebbe dopo detratto il valore delle donazioni, la riduzione si fa proporzionalmente senza alcuna distinzione fra gli eredi ed i legatari. Art. 824.

liberalità all'altra, nel qual caso non vi sarebbe ragione di volerne di più del testatore (1).

La riduzione si farà in natura se si tratta di un fondo divisibile comodamente. Se la divisione non è possibile senza depreziare il fondo, si rispetta l'integrità di questo a favore di colui che ha maggior diritto, compensando in denaro la differenza.

Questo maggior diritto è rappresentato dall'eccesso. Se questo eccesso è maggiore del quarto del disponibile, l'immobile ritorna intero alla riserva, ed il legatario conseguirà il valore della porzione disponibile. Nella ipotesi contraria l'immobile resta integro al legatario e costui paga il valore dell'eccesso. Se questo legatario è al tempo stesso riservatario, può ritenere tutto l'immobile, purché il valore di esso non superi anche l'importo della porzione disponibile e della quota che gli spetta nella legittima (2).

84. Il rigoroso assolutismo su cui si fondava la famiglia romana non imponeva alcun obbligo al padre di famiglia nel dettare il suo testamento. *Uti pater familias legasset super pecunia tutelare*

(1) Ogniquale volta però il testatore ha dichiarato di volere che una sua liberalità abbia effetto a preferenza delle altre, questa preferenza ha luogo, ed una tale disposizione non viene ridotta, se non in quanto il valore delle altre liberalità non fosse sufficiente a compire la porzione legittima. Art. 825.

(2) Quando il legato soggetto a riduzione sia di un immobile, la riduzione si fa colla separazione di altrettanta parte dell'immobile medesimo, se questa può aver luogo comodamente.

Ove la separazione non possa farsi comodamente e il legatario abbia nell'immobile un'eccedenza maggiore del quarto della porzione disponibile, deve lasciare l'immobile per intero nell'eredità, salvo a lui il diritto di conseguire il valore della porzione disponibile. Se l'eccedenza è eguale al quarto o minore di esso, il legatario può ritenere tutto l'immobile, compensando in danaro coloro ai quali è riservata la porzione legittima.

Il legatario però che ha diritto alla legittima, può ritenere tutto lo immobile, purché il valore di esso non superi l'importo della porzione disponibile e della quota che gli spetta nella legittima. Art. 826.

rei suae ita jus esto. Questa assoluta podestà paterna però condannata dalla coscienza pubblica, ha dovuto cedere a più mite regime, e dettò il dovere di prendersi in considerazione i figli nel testamento. *Item qui filium in potestate habet curare debet ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet.* Da prima la direddazione non avea d'uopo di giustificazione alcuna, ma nell' ultimo stato della giurisprudenza la direddazione non motivata o pronunziata per cause legghiere non era efficace, ed i diseredati come gli omessi nel testamento avevano il diritto di attaccarlo con la querela d' **inofficiosità**, e farlo annullare come dettato da una mente malsana. *Hoc colore quasi non sanae mentis fecerint cum testamentum ordinarent.*

Surse così la legghitima per gli eredi **sui**, cioè per i figli *qui sub potestate erant* alla morte del testatore, e questa legghitima era il quarto di ciò che sarebbe loro spettato nella successione intestata se i figli fossero quattro o più, un terzo se meno.

Comunque lasciata questa legghitima sia a titolo di donazione, di legato o di fedecommesso impediva la querela d' inofficiosità. Essa era data ai figli come figli non come eredi, per la qualesa si raccoglieva anche da coloro che rinunziavano alla eredità, con un' azione personale contro gli eredi istituiti.

Giustiniano portò delle novazioni sulla natura ed effetti della legghitima. Egli la ritenne dovuta ai figli come figli non come eredi cosicchè non vi era via di mezzo che o lasciare la legghitima o direddarli nominativamente, però ordinò che i figli avessero questa legghitima non ad un titolo qualunque, ma con la formale istituzione di erede, quindi la legghitima non fu più considerata come **portio portionis**, cioè come quota di ciò ch'era loro dovuto nella successione intestata, ma come **portio bonorum**, cioè come una quota di beni ereditari distaccati dalla massa per essere attribuiti complessivamente ai legghitimari, non più con azione personale, ma con azione reale, non più con diritto di accrescimento all'erede scritto in caso di rinunzia di un legghitimario, ma con diritto di accrescimento ai legghitimari.

Pria di Giustiniano la legghitima doveva esser lasciata per intero pena la nullità del testamento, ma Giustiniano abolì questa nullità

accordando ai legittimari l'azione pel supplemento ed affrancò la legittima da ogni peso o condizione.

Pria di Giustiniano le cause di direddazione erano indeterminate, **arbitrium boni viri**, ma Giustiniano ne definì le cause, che la scuola ha tramandato nei seguenti versi:

*Filius exhaeres esto, 1 si verbere patrem
Laeserit 2. aut verbis si violentus erit;
3. Criminis accuset si coram plebe parentem;
4. Misceat aut turpi dira cenena manu;
5. Dicitis dederit si damnum grande parentis;
6. Nel curam haud sana mente parentis agat;
7. Inter colluvem si gaudeat ire matorum;
8. Aut patrum vetito scandal amore torum;
9. Si pro patre fidem non interponat; 10. (eundem.
A truce nec variis liberet hoste modis
11. Si vetet auctorem testari sanguinis; 12. (Ad sit.
Si levibus nimis, quos vel arena juvat;
13. A sanctis veterum si degeneraverit aris,
14. Filia, si quaestum corpore spreto facit.*

Quanto alla riserva degli ascendenti **Giustiniano** ritenne il principio di reciprocità con la direddazione per 8 cause determinate nei seguenti versi:

*1. Si capitis natum pater accusaverit. 2. Eius.
Aut vitae insidias clamee palamve struat.
3. Si vetuit cupidum secreta novissima mentis
Prodere. 4. vel veritus sit temerare nuntium.
5. Si pater et genitrix sibi fata scelestas minentur
6. Fulcra nec ad nati clausa furentis eant
7. Filius auxilio si non patris hostia linquit
Limina. 8. Si genitor nunquam inane colat.*

La teoria giustiniana fu declinata nei paesi consuetudinari della Francia ove il principio **la legge fa l'erede** soppiantò il principio romano **l'uomo fa l'erede**, ed inconseguenza la legittima fu l'eredità. Surse così la famosa distinzione della disponibile, e della riserva

ritenuta dal codice francese, e da tutti gli altri che s'informarono dai suoi principii, e dal codice Italiano.

Nella discussione di questo codice si fece quistione sulla diseredazione ammessa dai codici italiani meno il napolitano, ma fu respinta come una istituzione contraria alla coscienza pubblica, e come inutile di fronte alle cause d' indegnità stabilite nella successione intestata e testamentaria.

La riduzione delle disposizioni testamentarie era ancor prescritta nel sistema successorio romano. Ne parlerò più opportunamente nella sezione che segue.

SEZIONE V.

della istituzione di erede e dei legati

85. Il testamento è la espressione della volontà dell' uomo oltre tomba sulla disposizione ed uso della sua proprietà. Questo atto ha la sua forma estrinseca, e già abbiám veduto di quali solenni è circondata, perchè possa ottenere la garentia della legge e produrre i suoi effetti. Però nessuna forma intrinseca determinata è necessariamente prescritta per quest' atto. Manifesti in qualunque modo il testatore la sua volontà: usi qualunque parola atta ad esprimere il suo pensiero, ed il testamento è fatto; rivesta questa espressione della forma estrinseca propria dei testamenti ordinari, o del testamento speciale nei casi determinati, ed il suo testamento è valido (1).

86. Se non che la volontà è sempre determinata da una causa, e questa causa è sempre la ragione dell' atto volitivo. Questo processo psicologico applicato ai testamenti vuole che una disposizione testamentaria a titolo universale o a titolo particolare sia sempre effetto di una causa preconcelta che ha determinato il testatore a fare

(1) Le disposizioni testamentarie si possono fare a titolo di istituzione d'erede o di legato, o sotto qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la volontà del testatore. Art. 827.

così e non altrimenti. Or questa causa può essere taciuta nel testamento e può essere espressa. S'è espressa delle due l'una: o fu espressa in modo che chiaramente riveli essere stata la **sola** che ha determinato il legislatore a fare così e non altrimenti — o fu espressa in modo che questa esclusività di concetto non risulti dall'atto medesimo che contiene il testamento. Dato che la causa espressa come **esclusiva** sia erronea è chiaro che la disposizione testamentaria è un effetto senza causa, cioè un impossibile logico che nel campo giuridico si traduce in **nullità**, cioè cosa che non produce effetto alcuno, e quindi si ha come non fatta (1).

87. Dato che la causa determinata sia espressa sì, ma in modo che dall'atto medesimo non possa desumersi la sua esclusività, resta a sapersi se l'erroneità della causa espressa annulli la disposizione. La lettera dell'articolo 828 non si presta alla soluzione di questa quistione.

Indagiamone lo spirito.

Naturalmente una disposizione testamentaria a favore di taluno può avere una causa **esclusiva** ed una causa **complessa**. La causa qualunque sia può tacersi nel testamento, imperocchè il testatore non ha bisogno di motivare le sue disposizioni. In tal caso si avrà una disposizione pura e semplice che deve essere senz'altro eseguita. Ma il testatore **può** motivare la sua disposizione, cioè dire la causa che lo ha determinato a disporre così e non altrimenti, dire insomma chiaramente faccio questo per questo. Un esempio: **Primo** testatore dice: *do a Caio la quarta parte del mio disponibile perchè è figlio di Tizio*. Quel **perchè** rivela chiarissimamente che la causa determinante la liberalità di Primo verso Caio fu il rapporto di figliolanza tra Caio e Tizio. Dato che questo rapporto di figliuolanza non stia in fatto, la causa determinante è erronea, la disposizione è nulla.

(1) Le disposizioni a titolo universale o particolare fondate sopra una causa espressa che risulti erronea, quando questa sia la sola che vi abbia determinato il testatore, non hanno alcun effetto. Art. 828.

13 — Vol. 3.° — **CALC. COD.**

Ma questa causa determinante dichiarata nel testamento non ha una espressione **esclusiva**, ma è espressa in modo da lasciar luogo a ritenere una causa **complessa**. In tal caso, l'erroneità di una delle cause non potendo distruggere l'effetto dell'altra, la disposizione deve avere il suo effetto, tuttochè la causa dichiarata non esclusivamente sia erronea. Primo dice: *do la quarta parte del mio disponibile a Caio figlio di Merio cui devo la vita*. Qui la causa determinante è espressa. Primo beneficia Caio figlio di Tizio a cui deve la vita: Ma sarebbe strano sostenere che Caio sia beneficiato **unicamente** perchè figlio di Tizio. Primo potrebbe avere bene altri motivi determinanti la sua volontà ad atti di liberalità verso Caio, quindi il rapporto di figliolanza non può ritenersi come **unico** motivo determinante, e di conseguenza l'erroneità di esso non può togliere effetto alla disposizione.

88. Ma sarebbe dato ai legittimari di Primo provare che il rapporto di figliolanza tra Caio e Tizio sia stata la **sola** causa determinante della disposizione? Ciò è dubbio. L'articolo 828 dice: *le disposizioni fondate sopra una causa espressa che risulti erronea quando questa sia la sola che vi abbia determinato il testatore, non hanno alcuno effetto*. Quel **sia la sola** è la **ragione** della legge: comunque consti di questa **ragione**, la legge sta. Data l'erroneità della **sola causa** la disposizione non ha-effetto, quindi se la esclusività della causa non risulta da prova intrinseca, cioè non consti dall'atto medesimo, può farsi constare da una prova estrinseca qualunque. Sembra non potersi muovere appunto di sorte a questa soluzione. Il dubbio però nasce dallo stato della legislazione anteriore al codice Italiano e precisamente dai codici Albertino ed Estense dai quali fu desunto l'articolo 828; negli altri codici Italiani, nell'austriaco e nel francese questo articolo non trova riscontro. Il codice Estense e l'Albertino prevedevano il caso che il testatore avesse espressa nel testamento la causa della sua disposizione, ma senza far risultare dal testamento l'**esclusività** della causa. Essi davano ad una disposizione così fatta il suo effetto, quando anche la causa espressa si fosse trovata erronea: ammettevano però gl'interessati a provare che la volontà del testatore fu **unicamente** determinata

dalla causa espressa (1). Il Codice italiano fuse in un solo i due articoli **sopprimendo la prova** a cui con quei codici si abilitavano gl'interessati. È chiaro che col sistema di quei codici la causa determinante delle disposizioni testamentarie si **presumeva** complessa, e la **esclusività** dipendeva o dalla dichiarazione del testatore o dalla prova, ammissibile in tutte le presunzioni **juris**: cosicchè quando il testatore non dichiarava nel testamento l'esclusività della causa, era dato agl'interessati di provarla. Nel sistema ritenuto dal codice Italiano la causa determinante si **presume complessa** e la prova della esclusività non può desumersi altronde che dall'atto medesimo, e non è dato agl'interessati di fare altra prova. Non vi era ragione altrimenti d'innovare ai codici preesistenti, trattandosi di formulare un precetto legislativo nuovo per i paesi italiani non retti dai codici Piemontese ed Estense.

89. Il testamento romano era tutto altro che libero nella sua forma intrinseca. In quel sistema il testatore doveva solennemente chiamare il suo erede, il rappresentante universale di tutti i suoi diritti, il successore della sua personalità in rapporto al suo patri-monio.

La chiamata del successore dicevasi **istituzione di erede**: la formola sacramentale era **Filius heres esto. Filium heredem esse jubeo**, ovvero **esse volo** — ovvero **instituo** — ovvero **faccio**. Senza questa solenne istituzione di erede il testamento era recisamente nullo. *Sine haeredis institutione, nihil in testamento scriptum valet*. La istituzione di erede dicevasi perciò *caput et fundamentum totius testamenti*. Nei costumi di quel popolo classico era un disonore morire intestato, ed il cittadino era geloso del suo *jus quiritium testamenti factio*. Il testamento comunque fatto escludeva la successione intestata: le due successioni erano incompatibili, *nemo potest mori partim testatus partim intestatus*.

(1) Art. 810, 811 Cod. Alb. 812, 813 Cod. Est.

In conseguenza di questo principio la chiamata dell'erede qualunque si fosse la parte obbiettiva a lui attribuita sull'eredità, escludeva la successione intestata, i successori legittimi nulla potevano pretendere oltre la riserva.

Le disposizioni a titolo universale corrispondevano al concetto della legge, le disposizioni a titolo particolare anche **de re singola** valevano quanto la universale, imperocchè o il testatore esauriva con legati tutto il suo patrimonio, ed i legatari ripetevano la loro cosa dall'erede istituito; o non vi erano legati, o i legati non esaurivano il patrimonio, ed allora tutto quel che restava, il residuale non disposto, **ope legis** cadeva a favore dell'erede istituito anche **in re singola, in re certa**.

Se vi era una disposizione a titolo universale, e molte o una disposizione a titolo particolare **de re singola**, allora l'erede era l'istituito **in re universali**, ed il chiamato **in re singola** era un semplice legatario.

In quel sistema il legatario **in re singola** non rappresentava il suo autore, la rappresentanza era dovuta al solo erede, e quindi a lui tutta la responsabilità del passivo ereditario. Avveniva perciò che se il testatore avesse istituito **Primo** suo erede, e quindi con legati avesse esaurito il suo patrimonio, la condizione di **Primo** era seria; egli assumeva tutto il passivo, nulla dell'attivo. Naturalmente l'erede istituito così, rinunziava l'eredità, il testamento cadeva tutto con la rinunzia, i legati con esso, e l'eredità era intestata.

Per riparare a questo inconveniente surse la legge **Furia** che limitava il legato al valore di mille assi. Il testatore eludeva la legge con legati molti, ma ciascuno infra i mille assi. Seguì la legge **Vocconia** nel 585 di Roma con la quale nessun legatario poteva avere più dell'erede. Inutile anch'essa: il testatore frazionava il suo asse in piccolissimi legati perchè pochissimo toccasse all'erede. Surse infine la legge **Falcidia** che assicurò all'erede il quarto dell'eredità. I legati tutti si riducevano in caso di eccesso per completare la falcidia.

La formola sacramentale della istituzione di erede fu abolita da

Costantino, ed il testamento fu ridotto alla forma intrinseca attuale cioè alla espressione sincera della volontà del testatore.

In Francia nei passi consuetudinari non si è ritenuto il principio **l' uomo fa l' erede**. Le successioni si deferivano *ab intestato* ai successori legittimi investiti **ipso iure** dell' eredità per la massima **il morto impossessa il vivo**. Il testatore poteva solo gratificare taluno col mezzo dei legati, detrazioni dell' eredità disponibile, da chiedersi all' erede del sangue. In Roma gli eredi del sangue dovevano essere istituiti eredi, ma il testatore poteva istituirli *in re certa* a lato di una istituzione a titolo universale, a favore di un erede di sua scelta che doveva rappresentarlo.

Il diritto romano intanto era il diritto dei paesi non retti da consuetudini: imperava così in Francia un dualismo legislativo. Il codice conciliò gli opposti sistemi. Negò la facoltà di creare eredi a coloro che avevano figli o ascendenti, lasciò però al proprietario un disponibile per fondo delle sue liberalità, accordò il diritto di creare un erede a colui che non l' aveva per legge nella linea discendente o ascendente. Ritenne l'abolizione di **Costantino** per la formola sacramentale, ridusse il testamento all'espressione della volontà, e questo sistema fu ritenuto da tutti i codici, ed è quello del codice italiano.

90. Una disposizione testamentaria può esser fatta ad istituzione di erede o di legato. In ogni disposizione può considerarsi la subbiettività (persone) la obbiettività (cose) la modalità (condizioni) l'effetto delle disposizioni, la revocazione o l'efficacia delle disposizioni medesime. Quindi il Codice esaurisce in cinque paragrafi tutto quanto riguarda l'obbietto della V. Sezione.

§ I.

delle persone e delle cose formanti l' oggetto delle disposizioni testamentarie

91. Una disposizione testamentaria qualunque è diretta a sostituire alla persona del testatore un'altra persona in rapporto alla

universalità dei diritti, una parte di essi, od una cosa determinata. Non vi è disposizione testamentaria possibile senza determinazione precisa del **subbietto** e dell'**oggetto** cioè di persona e di cosa. La disposizione incerta o nel rapporto di persona o di cosa è nulla quindi

E nulla ogni disposizione fatta a favore di persona che sia incerta in modo da non poter essere determinata. Art. 830.

a. L' anima è un elemento della personalità, ma enunciata genericamente è la negazione della personalità, dunque

Le disposizioni per l' anima o a favore dell' anima espresse genericamente sono nulle. Art. 831.

Ma se invece di una espressione generica, il testatore usa una espressione specifica, il vago, l' indeterminato finisce, e la volontà del testatore è legge. Un testatore che ha fede ai suffragi spirituali delle sante messe, dispone a favore del parroco del suo domicilio lire 100 perchè a tenore della tassa innocenziana celebri messe in suffragio dell' anima sua. In sì fatta disposizione non vi è nulla d' indeterminato nè subbiettivamente nè obbiettivamente. Il legato è determinato nella persona del parroco del domicilio, la qual persona s' è incerta nell' atto della formazione del testamento, può esser determinata al momento dell' apertura della successione: è determinato nella cosa cioè Lire 100. La nullità per indeterminazione di persona non può attaccarsi a tal disposizione.

b. Povero è un qualificativo che espresso genericamente dice nulla, accoppiato ad un articolo plurale o ad un nome dice tutto. Lascio lire 100 al **povero**. È una espressione generica che lascia incerta la persona chiamata, in modo da non poter esser determinata, lascia incerto l' uso della cosa in modo che questa incertezza influisce ancor più sulla incertezza della persona, quindi sarebbe una disposizione inesequibile, nulla. Lascio lire 100 **ai poveri**. Questa disposizione comprenderebbe tutto il pauperismo mondiale che non è rappresentato da nessuna personalità nè fisica nè giuridica. Senza

indicazione dell'uso, l'incertezza cresce di più, imperocchè il pauperismo ha le sue gradazioni, cosicchè non può usarsi verso tutti un trattamento uniforme. Povero è un operaio qualunque colpito da malattia. Collocate questo operaio ammalato in un ospedale, ed avrete per lui usato un temperamento analogo al suo bisogno, e senza avvilire la dignità personale propria di ogni uomo in qualunque stato si trovi. Date a questo operaio venti centesimi di elemosina, ed egli li respingerà come un'offesa al suo amor proprio. Quale uso farete di quelle 100 lire con sicurezza di corrispondere alla volontà del testatore? a qual classe di poveri vi rivolgerete per eseguire quel legato? L'incertezza dell'uso della cosa influisce sulla indeterminazione della persona. Lego lire 100 ai poveri **per elemosina**. Qui l'uso determinato diminuisce l'incertezza della persona, imperocchè è chiaro che il legato è a favore di quella classe di poveri che vive di elemosina. Ma anche in questo caso mancherebbe la personalità. Lego Lire 100 all'istituto dei poveri A per farne elemosina. Ecco un legato determinato nella cosa, nell'uso, e nella persona, perchè l'istituto A è una personalità giuridica assimilata quanto ai dritti e doveri giuridici alla persona fisica. Le disposizioni a favore dei poveri debbono essere determinate nell'uso, nella cosa, e nella personalità giuridica per esser valide. Poco importa che questa determinazione sia data dal testatore o da persona da lui incaricata. Ma se tutto ciò mancasse, la disposizione dovrebbe esser nulla. Però la legge guarda con favore la espressione della carità pubblica, e quindi essa stessa assegna a tali disposizioni quel certo e determinato di cui mancano, e le attribuisce a favore dell'istituto di carità del luogo del domicilio del testatore all'epoca della sua morte (1).

(1) Le disposizioni a favore dei poveri, od altre simili espresse genericamente senza che sia determinato l'uso, l'opera pia o il pubblico istituto in cui favore sieno fatte, o quando la persona incaricata dal testatore di determinarlo non possa o non voglia accettare l'incarico, s'intendono fatte in favore de' poveri del luogo del domicilio del testatore al tempo di sua morte, e sono devolute all'istituto locale di carità. Articolo 832.

c. I beneficii semplici sono quelli che non hanno cura di anime: le cappellanie laicali sono quelle pie fondazioni dotate di beni con obbligo di adempire a taluni uffizii sacri, senza però che questa dotazione sia unita all'uffizio per autorità della chiesa.

Queste ed altre simili fondazioni non son considerate più dalla legge come enti giuridici, quindi per difetto di personalità,

Sono nulle le disposizioni ordinate al fine di istituire o dotare benefici semplici, cappellanie laicali od altre simili fondazioni. Art. 833.

d. Pel medesimo principio sono nulle le disposizioni fatte a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo. Ma quando al terzo si dà incarico di nominare il chiamato fra più persone determinate dal testatore od appartenenti a famiglie o corpi morali da lui determinati, ovvero il testatore dispone di cosa singola a favore di uno fra più corpi morali da lui determinati, il vago, l'incertezza subbiettiva si perde di fronte alle indicazioni del testatore, e la disposizione deve avere il suo effetto (1).

92. La indicazione erroneamente fatta può rettificarsi dal contesto del testamento, da altri documenti, o da fatti costanti da' quali si può rilevare la persona che il testatore ha voluto nominare. Vale lo stesso per l'erronea indicazione di cosa (2). Ma quando l'indicazione della

(1) E parimente nulla ogni disposizione fatta a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo.

Ma è valida la disposizione a titolo particolare in persona da scegliersi da un terzo fra più persone determinate dal testatore od appartenenti a famiglie o corpi morali da lui determinati, ed è pur valida la disposizione a titolo particolare a favore di uno fra più corpi morali determinati parimente dal testatore. Art. 834.

(2) Se la persona dell'erede o del legatario è stata erroneamente indicata, la disposizione ha il suo effetto, quando dal contesto del testamento, o da altri documenti o fatti costanti risulta quale persona il testatore abbia voluto nominare.

Lo stesso ha luogo qualora la cosa legata sia stata erroneamente indicata o descritta, ma sia certo di qual cosa il testatore abbia voluto disporre. Art. 836.

persona è precisa, non può qualificarsi apparente o simulata o altrimenti mentita, quantunque possa alcuna cosa presumersi da qualche espressione del testatore. La disposizione testamentaria chiaramente attribuita, non può impugnarsi per rapporto di persona altrimenti che, la persona chiamata non sia fra quelle interposte come organo di trasmissione a persone incapaci di ricevere (1).

Questa disposizione tende ad abolire le **istituzioni fiduciarie** ch' erano in uso nel Piemonte.

93. La cosa legata dev' essere ancora determinata in modo che non possa equivocarsi sulla volontà del testatore nè quanto alla sostanza nè quanto alla quantità del legato; quindi

È nulla la disposizione, che lascia interamente all' arbitrio dell' erede o di un terzo di determinare la quantità del legato, eccettuati i legati fatti a titolo di remunerazione per servizi prestati al testatore nell' ultima sua malattia. Art. 835.

È chiaro che in questi casi si è voluto proporzionare la remunerazione al servizio prestato, e questo servizio assunto come criterio di compenso, meglio che al testatore può essere noto a colui che gli sopravvive.

94. La disposizione testamentaria è espressione del dritto di proprietà. Non si dispone della cosa altrui: dunque il legato di cosa altrui è nullo. Pur nondimeno è valido tal legato quando concorrono due condizioni anche disgiuntamente; cioè o che il testatore nel testamento espressamente dichiara conoscere che la cosa è di altri, ovvero che la cosa legata, al tempo della morte del testatore si trovi nel patrimonio di lui. Nel primo caso è chiaro che il testatore sciente che la cosa è di altri e ciò non ostante la fa obbietto di legato, intende

(1) Non è ammessa alcuna prova che le disposizioni fatte in favore di persona dichiarata nel testamento siano soltanto apparenti, e che realmente riguardino altra persona, non ostante qualunque espressione del testamento che la indicasse o potesse farla presumere.

Ciò non si applica al caso che l' istituzione od il legato vengano impugnati come fatti per interposta persona a favore d' incapaci. Art. 829.

16 — Vol. 3.° — CALC. Cod.

gravare l'erede del carico di comprarla e rimetterla al legatario, ovvero pagargli il giusto prezzo. Nel secondo caso il fatto rileva che il testatore aveva in pensiero di comprare la cosa legata. L'erede nel primo caso è gravato di un peso, di un'obbligazione di fare o dare che non può ricusarsi d'adempire altrimenti che rinunciando l'eredità (1).

Il medesimo principio giustifica le conseguenze;

È valido indistintamente il legato di cosa appartenente all'erede od al legatario incaricato di darla ad un terzo. Art. 838.

Se al testatore, all'erede, od al legatario appartiene una parte della cosa legata od un diritto sulla medesima, il legato è valido soltanto relativamente a questa parte od a questo diritto, salvo che risulti della volontà del testatore di legare la cosa per intero, in conformità dell'articolo 837. Art. 839.

È valido il legato di cosa mobile indeterminata di un genere o di una specie, benchè nessuna di tal genere o specie ve ne fosse nel patrimonio del testatore al tempo del testamento, o nessuna se ne trovi al tempo della morte. Art. 840.

Lego a Tizio un cavallo. L'erede deve comprare un cavallo e renderlo a Tizio, o pagargliene il prezzo. È sempre un peso imposto all'erede, e la determinazione è di genere, cosicchè il legato è adempito con la consegna di un cavallo o del prezzo di esso da determinarsi nel modo come diremo tra poco.

95. Per contrario quando si fosse legato come cosa propria un oggetto particolare o cadente sotto un certo genere od una certa specie, e quella cosa non si trova nel patrimonio del testatore all'epoca della sua morte, il legato non ha effetto, perchè la cosa determinata nel genere o nella specie è perita o inesistente. Lego a Tizio il mio cavallo o il mio cavallo inglese. Se il cavallo genericamente indica-

(1) Il legato di cosa altrui è nullo, salvo che sia espresso nel testamento, che il testatore sapeva essere cosa altrui: nel qual caso è in facoltà dell'erede o di acquistare la cosa legata per rimetterla al legatario o di pagarne a questo il giusto prezzo.

Se però la cosa legata, quantunque d'altri al tempo del testamento, si trova in proprietà del testatore al tempo di sua morte, è valido il legato della medesima. Art. 837.

to, o il cavallo inglese specificatamente indicato, non più esiste all'epoca della morte del testatore, il legato manca di oggetto, e quindi è senza effetto.

Lego a Caio 20 ettari del mio grano. Se grano non esiste all'epoca della morte il legato non ha oggetto, se esistono invece di 20, 12 ettari di grano, il legato avrà effetto soltanto per questa quantità (1).

96. Il legato può riguardare cosa determinata per luogo indicato. Lego a Tizio venti ettari di grano da prendersi dal granaio sito al luogo **B**. Questo legato è subordinato alla esistenza del grano nel granaio **B** all'epoca della morte del testatore, e sino alla quantità esistente (2). L'effetto del legato dipende dalla materiale giacitura della cosa all'epoca dell'apertura della successione.

La parola del legislatore **ha soltanto effetto** indica chiaramente per criterio di attuazione del legato, l'esistenza reale della cosa nel luogo indicato all'epoca della morte del testatore. Ma inteso letteralmente l'articolo darebbe luogo a molte ingiustizie. Immaginate che il grano del granaio **B** avariato da umidità si sarà tratto dal granaio ed esposto al sole. Il testatore muore in quel momento. Il grano legato non si trova nel granaio all'epoca della morte, dunque il legato non ha effetto. Evidentemente questa interpretazione mena ad una ingiustizia, tradisce l'intenzione del testatore.

Ma mettiamoci sopra un terreno diverso. Il testatore un giorno prima di morire aveva fatto estrarre quel grano da quel granaio per esporlo venale al mercato, ed il grano si è venduto. All'epoca della sua morte il granaio contiene nulla; potrebbe il legatario pretendere

(1) Quando il testatore ha lasciato come sua propria una cosa particolare o cadente sotto un certo genere od una certa specie, il legato non ha effetto, se la cosa non si trova nel patrimonio del testatore al tempo della sua morte.

Se la cosa si trova nel patrimonio del testatore al tempo della sua morte ma non nella quantità determinata, il legato ha effetto per la quantità che vi si trova. Art. 841.

(2) Il legato di cosa o di quantità da prendersi da certo luogo, ha soltanto effetto se la cosa vi si trova, e per la parte che ve ne sia nel luogo indicato dal testatore. Art. 842.

il grano? evidentemente no. L'articolo 842 dà torto al legatario tanto in questo che nel caso precedente, ma la giustizia non sorride egualmente ai due casi—Anche un caso diverso. Lego a Tizio l'argenteria che conservo nella cassa **F**. E quell'argenteria è l'ordinaria, la giornaliera del valore di 500 lire. Ma al momento della morte del testatore in quella cassa si trova l'argenteria di lusso del valore di lire 40000. Tizio pretende questa argenteria. È certo che l'articolo 842 lo sostiene, ma è giusto? Evidentemente no.

Un articolo che si presta a tutte queste decisioni è un articolo inesatto. Ad ogni modo il criterio non dev'essere quello della **materiale giacitura** della cosa legata, ma dell'**ordinaria** giacitura, cioè in quella che il testatore aveva destinato per conservazione ordinaria e permanente della cosa.

97. Il legato di cosa altrui è nullo, salvochè il testatore non avesse dichiarato nel testamento sapere essere cosa altrui. In tal caso egli impone al suo erede un onere, cioè l'acquisto della cosa o il pagamento del prezzo della cosa istessa. Ma se il testatore fa un legato di cosa che all'epoca del testamento era già in potere del legatario è chiaro che questo legato è poco serio: *ludisse putatur*. La legge però prevede il caso che il legatario acquista dal testatore o **da altri** la cosa legata, e gli dà dritto al prezzo, quante volte concorrano le circostanze espresse nell'articolo 837, e non ostante ciò che è stabilito nell'articolo 892, salvo che la cosa in ambidue i casi fosse pervenuta al legatario a titolo meramente gratuito.

E nullo il legato di cosa che al tempo in cui fu fatto il testamento, era già in proprietà del legatario.

Che se questi l'ha acquistata di poi dal testatore o da altri, ha dritto al prezzo, qualora concorrano le circostanze espresse nell'art. 837, e non ostante ciò che è stabilito dall'articolo 892, salvo che la cosa in ambidue i casi fosse pervenuta al legatario a titolo meramente gratuito. Art. 843.

Questo articolo, a me sembra, pecca di precisione nella sua redazione. Esso è nuovo per la maggior parte d'Italia, e fu desunto dai codici Parmense, Albertino ed Estense. Però il Codice Parmense

esprimeva esattamente il concetto nel suo articolo 687: *sarà nullo il legato di cosa che all'atto del testamento era già in proprietà del legatario — Avendola questi acquistata posteriormente gliene sarà dovuto il valore — Qualora l'avesse ricevuta dal testatore medesimo a titolo gratuito il legato deve ritenersi per tolto*. Tre concetti presenta questo articolo. Il testatore lega nel suo testamento a **Cajo** il fondo **B** proprietà di **Cajo**: questo legato è nullo — il testatore lega il suo fondo **B** a **Caio**, quindi gli vende il detto fondo. All'epoca dell'apertura della successione, **Cajo** che si trova proprietario a titolo di compra del fondo, ha dritto al prezzo pagato: il legato sta pel valore del fondo — Il testatore dopo di aver legato il suo fondo **B** a **Cajo** col testamento, con un atto di donazione glielo dona: il legato è tolto perchè come dicevano i romani *duplex lucrativa causa in eandem rem concurrere non potest*. Tutto ciò è esatto.

Il legislatore italiano nell'articolo 843 esprime un concetto più ampio e suppone quattro ipotesi:

1.^a Legato di cosa che al tempo in cui fu fatto il testamento era già in proprietà del legatario;

2.^a Legato di cosa che al tempo in cui fu fatto il testamento era in proprietà del testatore, poscia venduta al legatario;

3.^a Legato di cosa che al tempo in cui fu fatto il testamento era proprietà del testatore, poscia venduta ad un terzo, da cui il legatario l'ha acquistata;

4.^a Legato di cosa che al tempo in cui fu fatto il testamento era in proprietà del testatore che poscia la donava al legatario medesimo. Nella prima e nella quarta ipotesi il legato è nullo, e non vi è da osservare.

Nella seconda ipotesi il legislatore sostiene il legato, e dà al legatario il diritto al prezzo *qualora concorrano le circostanze espresse nell'articolo 837 e non ostante ciò che è stabilito dall'art. 892*. Queste parole sono aggiunte a quelle dell'articolo 687 del Codice Parmense. Le circostanze espresse nell'articolo 837 e che rendono valido il legato della cosa altrui, son due: 1.^a *che sia espresso nel testamento che il testatore sapeva essere cosa altrui* — 2.^a *che la*

cosa altrui legata si trovi in proprietà del testatore al tempo di sua morte. L'articolo 892 stabilisce che *qualunque alienazione faccia il testatore della cosa legata, revoca il legato riguardo a ciò che è stato alienato.* Questa regola generale ha una eccezione pel caso in cui l'alienazione è fatta dal testatore al legatario medesimo, e questa eccezione trova la sua giustificazione in un principio di moralità e di giustizia, in quantochè non è certamente onesto legare e poi vendere il legato ad una stessa persona. Ove ciò avvenga sta bene che il legatario ne abbia il prezzo all'epoca dell'apertura della successione, così la giustizia sarà ristabilita e l'immoralità riparata. Quanto alle condizioni dell'articolo 837 se riflettiamo alla seconda, cioè quella che la cosa legata si trovi in proprietà del testatore al tempo di sua morte, tutto è esatto; imperocchè se il testatore lega, e poi aliena al legatario, e poi riprende la cosa legata, che alla morte sua si trova nella eredità, il legato sta, poichè l'alienazione al legatario paralizza l'effetto dell'articolo 892, e la retrocessione mettendo nei beni ereditari la cosa legata, rende possibile ed agevole l'adempimento del legato. Però in tal caso al legatario spetterebbe la cosa legata non il prezzo di essa come dice l'articolo 837. E ciò costituisce anche una inesattezza notevole in quantochè importa una derogazione al dritto accordato ai legatari di cosa, di aver la cosa non il prezzo di essa.

L'inesattezza però è maggiore ove si concreti il caso in ipotesi, e si voglia trovare la prima delle circostanze espresse nell'articolo 837 cioè che *sia espresso nel testamento che il testatore sapeva essere cosa altrui.* Tal circostanza non può mai incontrarsi nella ipotesi 2.^a in cui versiamo, imperocchè nell'atto del testamento il testatore fa legato di ciò ch'è in sua proprietà—Ancor più rilevante è l'inesattezza dell'articolo 843 nel caso della terza ipotesi. La cosa legata al momento del testamento è proprietà del testatore, il quale la vende ad un terzo da cui il legatario l'acquista. Se la cosa legata all'epoca della morte si trova nell'eredità, il legatario ha dritto al prezzo. Ma quando il testatore aliena ad un terzo la cosa legata, il legato si revoca, e la revocazione sussiste, tuttochè l'alienazione sia nulla, e la cosa ritorna in possesso del testatore. Nè può dirsi che

questa revocazione è paralizzata pel caso dell' articolo 843 che fa e-
pressa eccezione all' articolo 892, imperocchè ciò ammesso l' artico-
lo 892 sarebbe distrutto, ed alla frase *qualunque alienazione della
cosa legata revoca il legato* non si darebbe più valore alcuno. Il
principio di moralità e di giustizia giustifica l' eccezione alla rivo-
cazione per l' alienazione fatta al legatario; ma non vi è giustifica-
zione possibile per l' eccezione di revocazione attaccata alla alienazione
fatta dal testatore al terzo. Che se dal terzo la cosa legata passa nel
dominio del legatario, questo movimento di proprietà è estraneo af-
fatto al testatore, la facoltà concessa al testatore di revocare un legato
con l' alienazione della cosa legata verrebbe così distrutta, violata la
libertà del cittadino, sanzionata l' irrevocabilità del legato, attaccato
il più prezioso dei diritti del proprietario la libera disposizione delle
cose sue.

Questo articolo autorizzerebbe un gioco poco morale e sovver-
sivo. Il testatore fa un legato a **Tizio**; pentito per un motivo qua-
lunque, per revocare il legato, vende il fondo ad un terzo. Il testa-
mento è pubblico. **Tizio** informato del legato e della vendita com-
pra il fondo e lo tiene in sua proprietà; se non che il testatore ri-
compra il fondo, e così questo si trova nella sua eredità all' epoca
della morte sua. Il legatario si presenta per avere il prezzo del fon-
do, e non potrebbe esser respinto ai sensi dell' articolo 843. Così
egli farebbe con un capzioso movimento di proprietà rivivere un le-
gato distrutto dalla volontà del testatore. Tutto ciò a mio credere
proviene dalle parole *che se questi l' abbia acquistata di poi dal te-
statore o da altri*: questa frase **o da altri** aggiunta dal legisla-
tore italiano ai codici preesistenti è una frase che turba tutto il si-
stema legislativo, e contraddice ai principii generali che lo infor-
mano.

Razionalmente l' ipotesi terza dovrebbe risolversi con la nullità
del legato; ma la lettera dell' articolo 843 è contraria a questa ri-
soluzione, sostiene il legato, e dà il diritto al legatario di ripetere il
prezzo della cosa.

Può ancora legarsi un credito, o la liberazione di un debito che
il legatario ha verso il testatore. È una liberalità come ogni altra.

L'erede in tal caso è obbligato a rimettere al legatario il titolo (1). Nè egli potrebbe compensare questo legato con un debito che per avventura il testatore avesse verso il legatario, distruggendo così l'idea della liberalità. Vi sarebbe necessaria una espressa dichiarazione del testatore, che legando la cosa a lui dovuta dal legatario, facesse menzione del suo debito, ed esprimesse la sua volontà di compensare (2).

Può ancor farsi un legato di alimenti, e la legge ne determina la comprensione così :

Il legato d'alimenti comprende il vitto, il vestito, l'abitazione e le altre cose necessarie durante la vita del legatario, e può anche estendersi secondo le circostanze all'istruzione conveniente alla sua condizione. Art. 846.

In tutti i casi di legati d'immobili, sorgendo quistione sulla comprensione del legato, saranno decise con la regola seguente,

Quando colui che ha legato la proprietà di un immobile, l'avesse accresciuta con acquisti posteriori, questi ancorchè contigui non fanno parte del legato senza una nuova disposizione.

Ne fanno parte però gli abbellimenti, le nuove fabbriche nell'immobile legato e le ampliazioni al circuito di un recinto. Art. 847.

98. Nel dritto romano il sistema dei legati poco differiva dal nostro. Il testatore poteva legare la cosa sua, dell'erede, o di un terzo. Però nel legato della cosa del terzo, se il testatore avesse fatto il legato nell'opinione di esser cosa sua, si riteneva un legato per errore, e quindi nullo.

(1) Il legato di un eredità o di liberazione di un debito ha effetto per a sola parte che sussiste al tempo della morte del testatore.

L'erede è soltanto tenuto a rimettere al legatario i titoli del credito legato che si trovavano presso il testatore. Art. 844.

(2) Se il testatore, senza fare menzione del suo debito, fa un legato al suo creditore, il legato non si presume fatto per pagare il legatario del suo credito. Art. 845.

È a notarsi però che prima di **Giustiniano** i legati secondo la formola con la quale erano fatti assumevano un nome ed un effetto differente.

In generale il legatario doveva ripetere il legato dall'erede.

Il testatore che voleva fare eccezioni a questa regola e far che il legato si trasmettesse direttamente al legatario, faceva un legato per **vindicationem** adoperando le parole *hominem sticum, do, lego, sumito, capito, habeto*. Il legatario acquistava così il legato al tempo della morte del testatore, e poteva agire con l'azion di rivendicazione. Questo modo di legare non poteva usarsi nel legato di cosa dell'erede, e molto meno nel legato di cosa altrui. Cose siffatte si legavano col legato detto per **damnationem** con la formola *heres meus damnas esto, dare, dato, facito, eum dare iubeo*. Il legatario aveva una azion personale contro l'erede, per obbligarlo a dare o comprare la cosa legata.

La cosa del legatario o dell'erede potevasi legare ancora col legato **sinendi modo** con la formola *heres meus sinito legatarium sumere*, ed il legatario aveva in tal caso un'azione diretta contro lo erede, per obbligarlo a rassegnare la cosa legata.

Il legato poteva pure farsi per **praeceptionem** con la formola *Lucius Titius hominem sticum praecipito*, e con esso si faceva un legato a favore di taluno che era pur chiamato ad una parte dell'eredità, e gli dava diritto di prelevare il legato.

Giustiniano abolì tutte queste forme. Tutti i legati furono parreggiati nell'effetto: comunque fatti dovevano essere domandati allo erede, ed in qualunque legato poteva comprendersi la cosa altrui o dell'erede. Quanto all'estensione del legato per diritto romano appartenevano al legatario le nuove fabbriche e gli abbellimenti, i nuovi acquisti che avevano accresciuto il fondo. L. 10. 24 de legatis.

delle disposizioni condizionali o a termine

99. Una disposizione testamentaria è sempre un atto di liberalità, e non può razionalmente negarsi a colui che la fa il diritto di condizionarla in un modo qualunque, quando tal condizione è ragionevole, e legittima. Quindi due canoni:

La disposizione a titolo universale o particolare può farsi anche sotto condizione. Art. 848.

Nel testamento si hanno per non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie alle leggi od al buon costume. Art. 849.

400. L'esatta applicazione di questi principii basta a derimere tutte le quistioni che la varietà della vita giuridica può presentare: ma nel sistema del codice si è voluto scendere a taluni particolari, con lo scopo di semplicizzarne l'applicazione, e di troncane le quistioni che dividevano la giurisprudenza. Così si dichiara contraria alla legge la condizione che impedisce le prime nozze o le ulteriori.

a. Si dichiara legittima la condizione di celibato o vedovanza imposta al godimento di un legato; si dichiara legittima la condizione di vedovanza imposta da un coniuge all'altro in **qualunque** disposizione testamentaria, e si noti la parola **qualunque** diretta a comprendere tanto la istituzione di erede, che il legato (1).

La legge però semplifica le sue disposizioni, sconsiugna le qui-

(1) È contraria alla legge la condizione che impedisce tanto le prime nozze, quanto le ulteriori.

Il legatario però di un usufrutto od uso, di una abitazione o pensione, o d'altra prestazione periodica pel caso o pel tempo del celibato o della vedovanza, non può goderne che durante il celibato o la vedovanza.

Ha pure effetto la condizione di vedovanza apposta in qualunque disposizione testamentaria di un coniuge a favore dell'altro. Art. 850.

stioni, ma queste sorgono sempre escogitate dall' interesse, per intorbidare il sereno della legislazione. Così di fronte all' art. 850 così tanto preciso, sorge la quistione se la legittima del conjuge soggiace anch' essa all' effetto della condizione di vedovanza apposta in una disposizione testamentaria.

Bastava riflettere che la riserva del conjuge non è fatta dall' uomo ma dalla legge, e che nel sistema successorio la legge ha dettato ciò che deve farsi nelle successioni intestate, per lasciare travedere ciò che può farsi nelle successioni testate. La condizione di vedovanza in una disposizione testamentaria ha effetto su di ciò che dipende dalla volontà dell' uomo, e non può menomamente influire sulla riserva, diritto indipendente dalla volontà, e sussistente anche in riluttanza della volontà del testatore.

b. La disposizione a titolo universale è la chiamata di erede cioè la sostituzione di un subbietto ad un altro di fronte ad un patrimonio. Il patrimonio è un diritto, e come tale è inconcepibile senza un subbietto. Condizionare la chiamata di erede **a tempo** importa sospendere la sostituzione di subbieltività, lasciare un diritto senza subbietto per un tempo qualunque, locchè è un impossibile giuridico; quindi

Si ha per non apposto ad una disposizione a titolo universale il giorno, dal quale debba la medesima cominciare o cessare. Art. 851.

c. La disposizione testamentaria è una liberalità. Liberalità ed interesse è contraddizione in termine: quindi,

È nulla la disposizione a titolo universale o particolare fatta dal testatore sotto la condizione che egli sia vicendevolmente avvantaggiato nel testamento del suo erede o legatario. Art. 852.

101. In generale le condizioni si distinguono in **sospensive** e **risolutive**. La sospensiva è quella che fa dipendere l' attuazione della condizione giuridica costituita dalla disposizione testamentaria da un avvenimento **futuro ed incerto**. Finchè l' avvenimento non

succede, si ha un erede o un legatario in aspettativa, si è nel caso di un subbietto in aspettativa di un fatto da cui dipende un diritto. Se nel periodo di aspettazione il subbietto muore, non vi è più subbietto di dritto, e quindi non vi può esser più diritto.

Ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione sospensiva è priva d'effetto, se la persona a cui favore è fatta, muore prima che siasi verificata la condizione. Art. 853.

Nel periodo di aspettativa l'eredità o il legato non ha subbietto, e quando si è certo che l'avvenimento non più si potrà verificare, la eredità o il legato sono caducati, quindi è necessità di dare alla eredità un amministratore.

402. Quando l'avvenimento futuro è certo, non si tratta più di una disposizione subordinata ad un termine, quindi il diritto relativo è realizzato dal momento dell'apertura della successione, ma vi è un indugio alla sua attuazione: in altri termini vi è un diritto acquisito ed un esercizio sospeso; il diritto acquisito si trasmette agli eredi propri, tuttochè non è ancor verificato il termine dell'attuazione. I Romani dicevano questo legato puro e semplice. *Heres meus cum morietur Titius, centum ei dato: purum legatum est, quia non conditione sed mora suspenditur* (1). Il medesimo temperamento è adottato dal codice Italiano:

La condizione, la quale secondo la mente del testatore non fa che sospendere l'esecuzione della disposizione, non impedisce che l'erede o il legatario abbiano un diritto acquistato e trasmissibile ai propri eredi anche prima della verificata condizione. Art. 854.

403. Il nostro codice ha pure ritenuto il legato romano per **damnationem** imponendo all'erede o al legatario di non fare o non dare qualche cosa, e poichè il fare o dare importa decadenza dalla eredità o dal legato, che sino alla osservanza della imposta inazione

1) L. 29 D. de condit. et demonstr.

resta in potere dell'erede o del legatario, costui potrebbe abusare delle cose costituenti l'eredità o il legato, e rendere così pregiudicata la condizione di coloro che sono chiamati a raccogliere l'eredità o il legato nel caso di decadenza per condizione violata. È giusto quindi che l'adempimento della obbligazione di rendere sia assicurata da una cauzione o altra sufficiente cautela, a favore di quelli ai quali l'eredità o il legato dovrebbe devolversi in caso d'inadempimento (1). Così in caso di un legato condizionato o a tempo, il gravato dell'adempimento è tenuto anch'esso a dar cauzione al legatario che deve raccogliertelo. In tali casi vi è un debitore ed un creditore di legato: il creditore ha diritto ad una cauzione (2). Se il gravato non adempie all'obbligo di dar cauzione, si userà l'espedito medesimo che si adotta nel caso di legato a condizione sospensiva, cioè si darà un amministratore all'eredità giacente (3).

104. Nella scelta di un amministratore è sempre utile preferire un interessato alla conservazione della cosa. I coeredi fra quali potrà avere luogo il diritto di accrescimento, cioè il dritto che dà ad un coerede ciò che l'altro lascia, sono naturalmente interessati della conservazione della cosa, e quindi sono gli amministratori da preferire. In mancanza di essi il più interessato alla conservazione è l'erede legittimo presunto; egli sarà preferito per l'amministrazione

(1) Se il testatore ha lasciata l'eredità o il legato sotto obbligo all'erede o al legatario di non fare o non dare, l'erede o il legatario è tenuto a dare cauzione o altra sufficiente cautela per l'esecuzione di tale volontà a favore di quelli, ai quali l'eredità o il legato dovrebbe devolversi in caso di non adempimento. Art. 855.

(2) Se a taluno è lasciato un legato sotto condizione o dopo un certo tempo, chi è gravato del legato può essere costretto a darne cauzione od altra sufficiente cautela al legatario. Art. 856.

(3) Se l'erede fu istituito sotto una condizione sospensiva, finché questa condizione si verifichi o sia certo che più non si possa verificare, sarà dato all'eredità un amministratore.

Lo stesso ha luogo nel caso in cui l'erede od il legatario non adempie l'obbligo della cauzione voluta dai due articoli precedenti. Art. 857.

dell' eredità giacente. Ad ogni modo ove giusti motivi consigliassero un temperamento diverso, vi provvederà come di ragione l' autorità giudiziaria (1).

105. La teoria romana sulle disposizioni condizionali o a termine era conforme all' attuale.

§ III.

degli effetti dei legati e del loro pagamento

106. Il legatario è chiamato dal testatore a succedergli sulla quota o sulla cosa singola della sua eredità. Il suo dritto proviene dal testamento espressione della volontà del testatore, che ha il suo effetto al momento della morte di lui. Il legatario al momento istesso è legalmente investito del suo dritto a ripeterlo; questo diritto è nel suo patrimonio, trasmissibile come ogni altro che lo riguarda (2). Però egli è obbligato a riconoscere un diritto prevalente

(1) L' amministrazione sarà affidata al coerede od ai coeredi istituiti senza condizione, quando tra essi e l' erede condizionale possa aver luogo il diritto d' accrescimento. Art. 858.

Se l' erede condizionale non ha coeredi, o tra esso ed i coeredi stessi non può aver luogo il diritto d' accrescimento, l' amministrazione verrà affidata al presunto erede legittimo del testatore, salvo che l' autorità giudiziaria per giusti motivi creda conveniente di provvedere altrimenti. Articolo 859.

Le disposizioni dei tre precendenti articoli hanno luogo anche nel caso in cui fosse chiamato a succedere un non concepito, figlio immediato di una determinata persona vivente, secondo l' art. 764.

Ovo sia chiamato un concepito, l' amministrazione spetta al padre e in mancanza alla madre. Art. 860.

Agli amministratori mentovati nei precedenti articoli sono comuni i carichi e le facoltà dei curatori delle eredità giacenti. Art. 861.

(2) Qualunque legato puro e semplice attribuisce dal giorno della morte del testatore il diritto al legatario, trasmissibile ai suoi eredi, di conseguire la cosa legata. Art. 862.

al proprio, quello cioè dell'erede legittimo che per opera della legge è investito dell'**universum jus**, della rappresentanza del defunto. È a lui che deve domandare il possesso della cosa legata, è in lui che riconosce il suo debitore (1). I romani esprimevano questo concetto definendo il legato *donatio quedam a defuncto relicta ab herede praestanda*.

Questa domanda di rilascio è l'accettazione del legato, accettazione che nei legati non si presume, come quella dell'eredità legittima. Il suo effetto è quello di congiungere al diritto gli utili del diritto, cioè i frutti della cosa legata, che dal giorno della domanda decorrono per lui (2): senza della domanda di rilascio il legatario non perde già il suo diritto di conseguire la cosa, ma non ha diritto ai frutti ed interessi della cosa, ammenochè a questa percezione indipendente dalla domanda non fosse abilitato o dalla espressa volontà del testatore, o dalla natura istessa della cosa legata, come un fondo fruttifero, un capitale impiegato ad interesse, una rendita vitalizia, o una pensione, insomma un legato di **specie** che non può confondersi con un legato di **genere**, come per esempio 50 ettari di terreno, la somma di 1000 lire e simili (3).

Può farsi un legato di quantità determinata da prestarsi in termini periodici di anno o mesi come per esempio di 100 lire al mese, di 1000 lire all'anno. Da qual giorno principia a decorrere il primo mese, il primo anno di svolgimento di questo periodo? quando

(1) Il legatario deve domandare all'erede il possesso della cosa legata. Art. 863.

(2) Il legatario non può pretendere i frutti o gli interessi, che dal giorno della domanda giudiziale o dal giorno in cui la prestazione del legato fosse stata promessa. Art. 864.

(3) Gli interessi od i frutti della cosa legata decorrono a vantaggio del legatario dal giorno della morte del testatore,

1.° Quando il testatore lo abbia espressamente ordinato;

2.° Quando il legato sia di un fondo o di un capitale o d'altra cosa fruttifera. Art. 865.

Se è stata legata una rendita vitalizia od una pensione, essa comincia a decorrere dal giorno della morte del testatore. 866.

è compiuto il termine per la scadenza del debito? Il diritto romano riteneva nei legati ad anno tanti legati quanti erano gli anni, considerava il primo come un legato puro e semplice, condizionali i successivi come subordinati alla condizione di vita del legatario. La morte del testatore segnava il punto di partenza del primo termine che si compiva con l'anno, che però l'anno principiato si aveva per intero quanto al legatario; ma quanto al gravato del legato doveva esser compiuto, perchè avesse il dovere di soddisfarlo. Il codice italiano ha seguito questa regola tradizionale, cosicchè nel suo sistema il periodo corre dalla morte del testatore—principiato è intero, quanto al diritto del legatario—ma deve compiersi, quanto al dovere del gravato, facendo però eccezione pel legato di alimenti (1).

407. Generalmente il legato è a peso della eredità **hereditas obligat**. Però il testatore ha diritto d'imporlo all'eredità, ad uno o più degli eredi, ad un legatario. In tali casi la volontà del testatore deve avere il suo effetto. S'è gravata l'eredità, ciascuno degli eredi è tenuto a soddisfarlo in proporzione di ciò che prende (2). S'è gravato un solo degli eredi, gli altri non hanno dovere di sorte: il gravato lo soddisfa sulla sua porzione; se il legato è imposto ad un solo coerede su cosa che sia di sua proprietà, egli è tenuto a prestarlo, ed il coerede o coeredi son tenuti ad indennizzarlo (3).

(1) Nel legato di una determinata quantità da soddisfarsi a termini periodici, come in ciascun anno, in ciascun mese od in altro tempo, il primo termine comincia dalla morte del testatore, ed il legatario acquista il diritto a tutta la quantità dovuta pel termine in corso, ancorchè fosse in vita soltanto al principio di esso.

Il legato però non può esigersi, se non dopo scaduto il termine. Si può tuttavia esigere al principio del termine il legato a titolo di alimenti. Art. 867.

(2) Se fra più eredi non è stato dal testatore imposto particolarmente ad alcuno di soddisfare il legato, ciascuno è tenuto a soddisfarlo in proporzione della quota che gli spetta. Art. 868.

(3) Se l'obbligo di pagare il legato è stato particolarmente imposto a taluno degli eredi, questo solo è tenuto a soddisfarlo.

Se è stata legata una cosa propria di un coerede, l'altro coerede o

In somma il legato è presunto a carico della eredità. La presunzione cessa o con la dichiarazione del testatore, o con la prova della sua volontà.

Per argomento a contrario dell'art. 868 vuolsi ritenere che quando il testatore grava particolarmente del legato due eredi essi debbono soddisfarlo in parti eguali. Così insegnavano Nerazio Pomponio e Gaio. Ma alla dottrina di costoro si è creduto opporre un frammento di **Paolo** sulla legge 47 D. *de duobus reis*. Il dotto e benemerito **Serafini** ha egregiamente conciliato i testi, e non può farsi più quistione di ciò (1).

408. Ma quale azione compete al legatario per conseguire il suo legato? Il codice italiano si tace affatto su di ciò. Nel sistema romano il legatario poteva sperimentare tre azioni; la personale *ex testamento* — l'ipotecaria — la rivendicatoria. La personale si dava contro tutti gli eredi ciascuno per la sua porzione, senza obbligo per gli altri di supplire alla insolubilità di uno. L'ipotecaria si dava ancora contro tutti i coeredi. La rivendicatoria pel legato *de re certa* si dava contro il possessore della cosa, salvo a costui il regresso d'indennità contro i coeredi.

Il codice francese ha ritenuto la teoria romana. I codici precedenti avevano principii identici. Il legislatore italiano non avendo nè accordato nè escluso un'azione pel conseguimento dei legati, si è attenuto ai principii generali riguardanti l'esecuzione di una obbligazione qualunque, e quindi un legato di denaro o di alimenti è ripetibile con azione personale contro gli eredi rispettivamente per ciascuna parte, ed ipotecariamente per l'intero.

409. Si è detto altrove che il legato può essere di cosa indeterminata ma cadente sotto di un genere o di una specie. In tali casi può sorgere quistione sul pagamento della cosa legata. Legò a **Tizio**

i coeredi sono tenuti a compensarlo del valore di essa con danaro o con fondi ereditari, in proporzione della loro quota ereditaria, quando non consti di una contraria volontà del testatore. Art. 869.

(1) Vedi *Archivio giuridico* vol. XII pag. 128.

18 — Vol. 3.° — Cate. Cod.

un cavallo. Quale fra tanti cavalli deve darsi al legatario? La scelta è dell'erede il quale però deve escludere il peggio e può escludere il meglio. Il diritto romano chiamava questo legato *legatum generis*, e quando il testatore non si pronunziava sul diritto di scelta, questa spettava al legatario tra il pessimo e l'ottimo esclusi. Il codice italiano ritiene il medesimo criterio, ma presume data la scelta all'erede in difetto della parola del testatore (1). Questa scelta può pure affidarsi ad un terzo, e se il terzo ricusa o è impossibilitato ad eseguire l'incarico, la scelta si farà dall'autorità giudiziaria per mezzo di un perito, che terrà fermo al criterio medesimo (2). Quando la scelta è data al legatario costui può prendere l'ottimo di ciò che si trova nella eredità, ma dovendosi prendere altrove, l'ottimo non può esser preteso (3): naturalmente quando il legato è alternativo cioè di due cose determinate o l'una o l'altra, ed il testatore tace sul diritto di scelta, questa si presume a favore dell'erede (4).

Il diritto di scelta si trasmette all'erede di chi spetta, come ogni altro diritto. La scelta fatta è irrevocabile. Quando nel patrimonio ereditario vi è una sola cosa della specie legata, cosicchè non vi è da scegliere, il legatario non può pretendere che si vadi altrove per ricavarla, ammenocchè il testatore non l'avesse espressa-

(1) Nel legato di cosa indeterminata cadente sotto di un genere o di una specie, la scelta è dell'erede il quale non è obbligato di dare l'ottima, nè può offrirle d'infima qualità. Art. 870.

(2) Si osserva la stessa regola, se la scelta è lasciata all'arbitrio di un terzo. Art. 871.

Ricusando il terzo la scelta o non potendo farla per morte o per altro impedimento, essa viene fatta dall'autorità giudiziaria con la regola stessa. Art. 872.

(3) Se la scelta della cosa è lasciata al legatario, questi può scegliere l'ottima fra quelle che si trovassero nell'eredità: non essendovene, la regola stabilita per la scelta da farsi dall'erede si applica a quella da farsi dal legatario. Art. 873.

(4) Nel legato alternativo la scelta si presume lasciata all'erede. Articolo 874.

mente autorizzato (1). Nel diritto romano il **legatum optionis** era considerato condizionale, cioè *si legatarius optaverit*, quindi morto il legatario prima di scegliere il legato era caducato. **Giustiniano** abolì questa regola, e dichiarò trasmissibile la scelta all'erede del legatario.

Quanto al modo della consegna è disposto,

La cosa legata sarà consegnata cogli accessori necessari, e nello stato in cui si trova nel giorno della morte del testatore. Art. 876.

Accessorio è tutto quello che si unisce alla cosa naturalmente, e tutto quello che la segue, e vi aderisce in guisa da formare con essa un sol tutto.

Nel diritto romano s'incontrano moltissimi responsi che risolvono dubbi casi di accessione, e la storia forense è grave di quistioni agitate su questo tema. Nella impossibilità di prevedere tutto, il codice non poteva che enunciare un principio generale, ed indicarlo ai magistrati come criterio da seguire nella risoluzione dei casi singoli.

L'obbligo della consegna nello stato in cui la cosa si trova nel giorno della morte del testatore, determina il carico delle deteriorazioni che possono avvenire sulla cosa legata, dall'epoca della morte del testatore sino alla consegna.

La massima che regola tali deteriorazioni è questa: **res perit domino**. Il legatario è **dominus** della cosa legata fin dal momento della morte del testatore, ma l'erede non ha l'obbligo di consegnarla se non gli vien domandata. La deteriorazione avviene per forza maggiore dopo la morte del testatore, e prima della domanda di rilascio fatta dal

(1) Se l'erede o il legatario cui compete la scelta, non ha potuto farla, questo diritto si trasmette al suo erede. La scelta fatta è irrevocabile.

Se delle cose appartenenti al genere od alla specie legata una sola ve ne è nel patrimonio del testatore, l'erede o il legatario non può pretendere altra fuori del patrimonio, eccettuato il caso di espressa contraria disposizione. Art. 875.

legatario all'erede, la deteriorazione è a danno del legatario. Ma se la domanda fu fatta ed ancora la consegna non è effettuata, l'erede è in mora, e viene a suo danno la massima **res post moram factam perit moratori**. Però se questa deteriorazione o perdita è di tal natura che sarebbe egualmente avvenuta se la cosa fosse passata in potere del legatario, l'erede tuttochè in mora non sarebbe tenuto a nulla. In somma la teoria della colpa, vale a decidere le quistioni in simili casi.

110. L'eredità è obbligata alla prestazione del legato: quindi

Le spese necessarie per la prestazione del legato sono a carico dell'eredità, senza che possano diminuire la porzione riservata dalla legge.

Il pagamento della tassa di successione è a carico degli eredi, salvo il regresso di questi verso i legatari, ove la cosa legata vi sia soggetta. Art. 877.

111. I pesi o sono intrinseci ai fondi ed inerenti talmente ad essi che non se ne possano separare, o sono estrinseci cioè possono stare indipendentemente dal fondo. I primi sono a carico del legatario, gli altri a carico dell'erede salvo una contraria volontà del testatore. La legge annovera tra i pesi intrinseci il canone, la rendita fondiaria, la servitù, e tra gli estrinseci una rendita semplice un censo, un debito dell'eredità vincolati sul fondo (1).

Nel sistema del diritto romano perchè l'erede fosse tenuto a consegnare il legato libero al legatario, era d'uopo che il testatore avesse avuto conoscenza dei pesi ed oneri del fondo legato.

(1) Se la cosa legata è gravata di un canone, di una rendita fondiaria, di una servitù o di altro carico inerente al fondo, il peso ne è sopportato dal legatario.

Se poi la cosa legata è vincolata per una rendita semplice, un censo od altro debito dell'eredità od anche di un terzo, l'erede è tenuto al pagamento delle annualità o degli interessi, e della somma principale secondo la natura del debito, quando il testatore non abbia diversamente disposto. Art. 878.

§ IV.

del diritto di accrescimento fra i coeredi ed i collegatari

112. Un legato sia universale che particolare diviene caduco:

1.° quando l'acquisto a vantaggio del legatario diviene impossibile: **a.** o perchè il legatario premuore al testatore o all'avveramento della condizione a cui è subordinato — **b.** o perchè sia divenuto incapace nel momento in cui dovrebbe raccoglierto — **c.** o perchè la cosa sia interamente perita — **d.** o perchè la condizione a cui era subordinato è mancata;

2.° quando il legatario lo rinunzia.

113. L'effetto della caducità è quello di lasciare intestata la cosa legata.

Questo effetto non ha luogo in due casi:

1.° Nei legati congiunti;

2.° Nei legati con sostituzione.

114. I legati congiunti son quelli che si fanno con un solo atto a più persone congiuntamente senza distribuzioni di parti speciali. Lego il fondo A, a B, C, D. Ecco un tutto A attribuito ai legatari B, C, D ad esclusione di ogni altro, e quindi se il legato si caduca per B, la sua parte si aggiunge a quella di C, D e viceversa. È questo il diritto di **accrescimento**.

Se tra gli eredi instituiti alcuno è premorto al testatore, o rinunzia all'eredità, o è incapace, la sua porzione è devoluta al coerede o ai coeredi, qualora abbia luogo il diritto d'accrescimento, salvo ciò che è stabilito dall'art. 890. Art. 879.

Il diritto d'accrescimento ha luogo fra i coeredi, quando in uno stesso testamento e con una sola e stessa disposizione sieno stati congiuntamente chiamati, senza che il testatore abbia fatta tra essi distribuzione di parti. Art. 880.

S'intende fatta distribuzione di parti soltanto nel caso, in cui il testatore ha espressamente indicata una quota per ciascuno. La semplice espressione — *per eguali parti*, o *in eguali porzioni* — non esclude il diritto d'accrescimento. Art. 881.

113. Si noti che per averarsi il diritto di accrescimento sono necessarie tre condizioni:

- 1.° **Unicità di atto**, disposizione compresa in un solo atto.
- 2.° **Unicità di dettato**, disposizione unica.
- 3.° **Identicità di oggetto**, disposizione congiunta senza quotizzazione: o almeno due, **unicità di atto**, ed **identità di oggetto**.

La scuola romana per spiegare la teoria dell'accrescimento distingueva tre specie di congiunzione: *re — re et verbis — verbis*.

Congiunzione **Re** quando si legava una cosa a più persone con disposizioni distinte, così con una prima disposizione si diceva: *lego il fondo A a Primo*, e con un'altra: *lego il fondo A a Secondo*. Questo legato ha l'identità di oggetto, ma non l'unicità di dettato. Ma presso i Romani vi era il testamento, vi era il codicillo; uno non distruggeva l'altro, quindi le due disposizioni fatte in due atti distinti erano valide entrambe. **Primo** e **Secondo** erano legatari indivisi dell'intero fondo **A**. Caducato il legato per **Primo**, lo raccoglieva **Secondo**, in forza del condominio che operava il **Ius non decrescendi**, che equivaleva al **Ius accrescendi**. Ciò avveniva nella doppia ipotesi o nel legato **per vindicationem** quando l'oggetto era presso terzi, o nel legato **per damnationem** quando cioè l'oggetto era nell'eredità. Nel primo caso s'intendeva legato a **Primo** e **Secondo** il diritto di rivendicarlo. Rivendicato l'avevano in comune, e perchè cessato un comunista restava l'altro, il superstite teneva l'intero pel **jus non decrescendi**. Se la cosa era nell'eredità, l'erede era obbligato a dare ad uno il fondo, all'altro il prezzo.

Nel nostro sistema successorio la cosa è diversa. Noi non riconosciamo codicilli. Il testamento per noi è l'ultima volontà dell'uomo, quindi il posteriore esclude l'anteriore, e non possiamo avere un legato congiunto **re tantum**, meno per le cose indivisibili.

La congiunzione **re et verbis** aveva luogo quando si legava l'identica cosa a due persone con una sola disposizione *Titio et Seio hominem Sticum do lego*. Questa congiunzione usata in un legato **per vindicationem** dava luogo al diritto di accrescimento, usata

in un legato **per damnationem** il diritto di accrescimento non aveva luogo, poichè per una sottigliezza poco razionale, si riteneva che avendo il testatore ordinato di dare la cosa a **Tizio** e **Caio**, aveva inteso dare metà all'uno e metà all'altro, e quindi caducato per una parte, la parte caducata andava a favore dell'erede.

Questo concetto poco razionale non fu ritenuto dalla legislazione riformata.

Il legato congiunto **verbis tantum** aveva luogo quando la stessa cosa si legava a più persone, assegnando a ciascuna la propria parte. *Titio et Seio fundum aequis partibus do lego*. La congiunzione **verbis** non operava accrescimento *quoniam semper partes habent legatari*.

Questo sistema fu ritenuto sino ai tempi di Augusto quando le leggi caducarie riportarono profonda innovazione. Il celibato e l'orbità operavano la caducità dei legati per la legge **Pappia Poppea**, i legati caducati passavano ai legatari congiunti che avevano degli eredi, in secondo luogo agli eredi che erano genitori, in terzo ai legatari che avevano figli, in ultimo al fisco. **Caracalla** fece dippiù, al legato caducato chiamò il fisco quando non vi erano figli. **Giustiniano** abolì le leggi caducarie e la teoria dell'accrescimento fu ristabilita nell'antico sistema, tolta ogni distinzione di legato.

Il codice francese ed i preesistenti in Italia ritennero la congiunzione romana **re et verbis**; la **re tantum** nelle cose indivisibili o per lo meno che non si prestano a divisione senza deterioramento, e negarono l'accrescimento alla congiunzione **verbis tantum**. Il codice italiano ritiene l'accrescimento nei legati congiunti **re et verbis**, **re tantum** senza distinzione di cose divisibili o indivisibili con o senza deteriorazione, così:

Quando alcuno de' legatari sia premorto al testatore, o rinunzi al legato, o ne sia incapace, o venga a mancare la condizione sotto la quale era chiamato, si fa pure luogo tra i medesimi al diritto d'accrescimento a norma degli articoli 880 e 881, e così pure quando una cosa sia stata nello stesso testamento legata a più persone, anche con separata disposizione. Art. 884.

416. Quando il diritto di accrescimento ha luogo, il coerede che ne profitta assume naturalmente l'attivo ed il passivo della parte caducata (1). Quando non ha luogo, la parte caducata diviene intestata e quindi devoluta agli eredi legittimi del testatore con tutto il passivo e l'attivo (2). Trattandosi di legato, se non ha luogo l'accrescimento, la parte caducata va a profitto del gravato personalmente, o dell'eredità con tutti gli oneri e vantaggi (3). Quando il legato è di usufrutto, essendo questo un diritto personale che si estingue mancando il godente, il diritto di accrescimento a favore dei comunisti si verifica anche quando un godente manchi dopo l'accettazione del legato. Quando non vi è diritto ad accrescimento la parte mancante si consolida con la proprietà (4).

417. L'altro caso in cui la caducità di un legato non rimanda

(1) I coeredi ai quali in forza del diritto di accrescimento è devoluta la porzione dell'eredità mancante, sottentrano negli obblighi e nei carichi a cui egli sarebbe sottoposto. Art. 882.

(2) Ogniqualvolta non ha luogo il diritto d'accrescimento, la porzione dell'eredità mancante è devoluta agli eredi legittimi del testatore.

Questi sottentrano nei carichi e negli obblighi a cui era sottoposto l'eredità mancante. Art. 883.

(3) Se fra i legatari non ha luogo il diritto di accrescimento, la porzione del mancante rimane a profitto dell'eredità o del legatario personalmente gravato, o di tutti gli eredi ed in proporzione delle loro quote ereditarie quando ne sia gravata l'eredità. Art. 886.

La disposizione dell'art. 882 riguardo agli obblighi cui fosse sottoposto il coerede mancante, si estende anche al collegatario a cui favore si verifica il diritto d'accrescimento, ed all'eredità o al legatario a cui favore si rende caduco il legato. Art. 887.

(4) Se a più persone è lasciato un usufrutto in modo che secondo le regole sopra stabilite vi sia fra loro il diritto di accrescimento, la porzione del mancante si accresce sempre ai superstiti, anche quando egli manchi dopo l'accettazione del legato.

Se non vi è diritto di accrescimento, la porzione del mancante si consolida con la proprietà. Art. 885.

la cosa legata alla successione intestata, ossia agli eredi legittimi del testatore, è nei legati per sostituzione.

Per seguire l'ordine del codice ne tratteremo nella Sezione V.

§ V.

della revocazione e della inefficacia delle disposizioni testamentarie

118. Abbiamo già cennato che la caducità dei legati generali o particolari avviene quando l'acquisto a vantaggio del legatario è impossibile, o quando egli lo rinunzia.

È principio generale che le disposizioni testamentarie sono sempre dettate per riguardi personali. L'uomo che non ha riguardi personali lascia correre l'acqua per la sua china. La legge è là per regolare la successione. Il proprietario indifferente che ha il cuore chiuso ad ogni affetto o ribadito ad ogni ambizione dall'apatismo, muore intestato. **Donnello** diceva che il testamento è ispirato sempre dal merito, dalla dignità o dal rispetto.

Ciò giustifica la caducità del legato — per premorienza del legatario al testatore — per incapacità del legatario — per sopravvenienza di figli e discendenti del testatore.

Nella premorienza cessa la ragione della disposizione, il riguardo alla persona — Nella incapacità si presume distrutta questa ragione — Nella sopravvenienza dei figli sorge la presunzione che il riguardo non avrebbe avuto campo di estendersi ad estranee persone, nella esistenza di esseri, verso dei quali un riguardo più potente era dettato dalla natura ed imposto dalla legge. La legge, interprete dei sentimenti umani conformi a natura, li protegge, li sostiene, li solleva in tutti i casi nei quali avvenimenti o posizioni sociali concorrono a comprometterli. Egli è perciò che rinvoca di pieno diritto le disposizioni testamentarie fatte da colui che non aveva o ignorava di avere figli o discendenti, quando esiste o sopravviene a lui un figlio o discendente legittimo, benchè postumo, o legittimato o adottivo.

419. Il concepito nel sistema del diritto si ha come nato. La sua esistenza in germe, dovendosi ritenere come esistenza di fatto, dovrebbe influire sulla irrevocabilità della disposizione testamentaria. Il testatore non ignorava o non poteva ignorare di avere un figlio in germe: s'egli ha fatto una disposizione testamentaria, ha avuto il suo riguardo verso l'onorato anche nella esistenza di un riguardo prevalente. Egli a lato delle affezioni di natura e di sangue ha conservato quelle che gli han procurato le relazioni sociali. Tutto ciò razionalmente è inappuntabile quando è ritenuta l'ipotesi che il testatore all'epoca del testamento, conosceva almeno il concepimento di un figlio. Ma come ritenere in lui questa scienza? Non vi sarebbe altro che rimontare dalla nascita al concepimento per definire l'età uterina del feto all'epoca del testamento, e da questa età desumere se i movimenti del feto potevano esser tali da affermare senza dubbio la gestione, e questa rivelarsi in modo da fare il marito sciente della gravidanza, e destare in lui la speranza di avere tra poco un figlio. Ma la scienza non ha ancora dati certi per stabilire questo processo fisiologico; si starebbe sempre nel campo della probabilità, e trattandosi di quistioni così complicate ed imbarazzanti, val meglio troncarle recisamente anzichè lusingarle. Nel dubbio se il testatore conosceva o poteva conoscere l'esistenza di un concepito all'epoca del testamento val meglio prescindere da ogni distinzione, ed attaccare la revocazione della disposizione testamentaria, al solo fatto della esistenza del concepito. Questa risoluzione corrisponde già al concetto del diritto romano, che riteneva nato il concepito quante volte però si trattava di costituire un vantaggio per lui. **Conceptus habetur pro natus quoties de eius comodo agitur.** E qui presumerlo esistente importerebbe pregiudicarlo.

I figli legittimati e gli adottivi hanno il medesimo riguardo dei legittimi, quindi la esistenza di essi o la sopravvenienza rinvoca la disposizione testamentaria.

È appena necessario cennare che quando il testatore avesse provveduto al caso di esistenza o sopravvenienza di figli e discendenti non vi sarebbe più luogo ad osservare sulla disposizione testamentaria in

fatto di revocazione, ma potrebbe soltanto farsi quistione di riduzione o di nullità (1).

È chiaro altresì che,

Se i figli o discendenti sopravvenuti premuovano al testatore, la disposizione ha il suo effetto. Art. 889.

420. Ogni disposizione testamentaria suppone un subbietto ed un obbietto. Se manca o l'uno o l'altro la disposizione cade in caducità, ossia non ha effetto. Le disposizioni testamentarie possono avere una esistenza di fatto durante la vita del testatore, ma acquistano la loro efficacia, la loro vita giuridica al momento della morte di lui. Provvedimenti successivi, non sono possibili che quando una successione si apre. Ora se l'erede o il legatario premuore al testatore, all'epoca della vita giuridica del testamento manca il subbietto, quindi la disposizione è caduca. Il subbietto è incapace di raccogliere il legato o l'eredità; la disposizione manca di subbietto; è caduca. Il subbietto esistente e capace rinunzia, il subbietto della disposizione sparisce, la disposizione è caduca (2).

L'obbietto della disposizione non si trova più o perchè il te-

(1) Le disposizioni a titolo universale o particolare fatte da chi al tempo del testamento non aveva od ignorava di avere figli o discendenti, sono revocate di diritto per l'esistenza o la sopravvenienza di un figlio o discendente legittimo del testatore, benchè postumo o legittimato o adottivo.

Lo stesso ha luogo ancorchè il figlio fosse concepito al tempo del testamento, e trattandosi di figlio naturale legittimato, ancorchè fosse già stato riconosciuto dal testatore prima del testamento e soltanto legittimato dopo.

La revocazione non ha luogo qualora il testatore abbia provveduto al caso che esistessero o sopravvenissero figli o discendenti da essi. Art. 888.

(2) La disposizione testamentaria è caduca relativamente all'erede o al legatario che vi rinunzia. Art. 891.

statore l'ha alienato, o perchè l'ha trasformato in modo che ha perduto la forma precedente e la primitiva destinazione: la disposizione non ha effetto, il testatore, libero finchè non è impossibilitato ad un cambiamento di volontà, ha revocato il suo fatto, niuno può chiedergli conto dell'esercizio del suo diritto (1).

L'obbietto della disposizione è interamente perito: il suo effetto è impossibile (2); ma se di un legato di cosa alternativa ne è perita una sola e l'altra sussiste, il legato sussiste su ciò che avanza (3).

421. Però se all'erede o al legatario premorto, o incapace di raccogliere l'eredità o il legato tenessero seguito discendenti, i quali, ove si trattasse di una eredità intestata, prenderebbero il luogo del predefunto o dell'incapace per diritto di rappresentazione, costoro sono chiamati a raccogliere l'eredità testamentaria o il legato caduto già nella persona del loro autore, avvalendosi anche qui del diritto di rappresentazione, purchè;

1.° O il testatore non avesse altrimenti disposto;

2.° O non si trattasse di un legato di usufrutto o altro diritto di sua natura personale.

(1) Qualunque alienazione faccia il testatore del tutto o di parte della cosa legata, anche mediante vendita con patto di riscatto, revoca il legato riguardo a ciò che è stato alienato, ancorchè l'alienazione sia nulla o la cosa ritorni in possesso del testatore.

Lo stesso avviene se il testatore ha trasferita la cosa legata in un'altra, in guisa che quella abbia perduta la precedente forma e la primitiva denominazione. Art. 892.

(2) Il legato non ha effetto, se la cosa legata è interamente perita durante la vita del testatore: come neppure, se è perita dopo la morte di lui senza fatto o colpa dell'erede, benchè questi sia stato costituito in mora a consegnarla, allorquando sarebbe egualmente perita presso il legatario. Art. 893.

(3) Quando più cose siano alternativamente legate, sussiste il legato, ancorchè ne rimanga una sola. Art. 894.

Qualunque disposizione testamentaria è senza effetto, se quegli, in favore del quale è stata fatta, non è sopravvissuto al testatore o è incapace.

I discendenti però dell'erede o del legatario premorto od incapace sottraggono nell'eredità o nel legato nei casi, in cui sarebbe ammessa a loro favore la rappresentazione se si trattasse di successione intestata, eccettochè il testatore abbia altrimenti disposto, ovvero si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di sua natura personale. Art. 890.

Questo articolo ha portato una innovazione alle leggi precedenti, estendendo la rappresentazione della successione intestata alle disposizioni testamentarie fatte a successibili legittimi.

Pisanelli giustificava così questa stupenda innovazione:

« L'ascendente che dispone a favore dei figli di primo grado non vuole certamente escludere i loro discendenti, ove alcuno o più dei medesimi venga a morire prima di lui ».

È opinione generale nella massa dei cittadini che i figli debbano prendere sempre il posto dei loro genitori. La dottrina fondata sulla presunzione legale della volontà del testatore respinge la rappresentazione nella successione testamentaria; ma il sentimento popolare fondato sui principii della equità naturale non sa adattarvisi. Però ne viene che l'ascendente non pensa a sostituire ai figli di primo grado i rispettivi loro discendenti, i quali forse non esisteranno ancora al tempo del fatto testamentario. Se alcuno de' figli di primo grado muore prima di lui o diviene incapace, egli non crede necessario di fare un nuovo testamento nell'interesse dei discendenti di quel figlio. Talvolta può altresì mancare il tempo per la nuova disposizione. Quali ne sono le conseguenze giuridiche? I discendenti del figlio premorto sono ridotti alla sola porzione legittima. Supponendo anche che il testatore avesse fatta distribuzione di parti, onde sia impedito il diritto di accrescimento, ne verrà pur sempre che la quota assegnata a quel figlio sarà devoluta **ab intestato**, in essa prenderanno parte coi suoi discendenti i fratelli superstiti con gran danno dei medesimi. Era questa la intenzione del testatore? Tali casi si verificarono spesso in pratica. I magistrati hanno dovuto piegare la fronte innanzi la legge, pur riconoscendo le ingiuste sue conseguenze. Nel di-

ritto romano era impossibile il notato inconveniente. Il testatore doveva istituire o diseredare i figli eredi suoi. Se il discendente di secondo grado che non era erede suo al tempo del fatto testamentario, diveniva tale per la premorienza del genitore al tempo in cui si deferiva l'eredità, le tavole testamentarie cadevano (*rumpitur testamentum*) per l'agnazione del quasi postumo. La successione si svolgeva *ab intestato*, cosicchè quella eguaglianza ch'era nella intenzione del legislatore, mantenevasi dalla legge indirettamente con l'annullamento delle disposizioni testamentarie. I vigenti codici escluso l'austriaco, accolsero pienamente il sistema legale romano, col non ammettere la rappresentazione nelle successioni testamentarie, ma forse non fu posto mente al rimedio che il diritto romano vi apportava, con l'obbligo della istituzione o diseredazione dei discendenti che fossero eredi suoi al tempo del testamento, o fossero tali al tempo della morte del testatore. Se non che nel diritto romano l'obbligo di istituire o diseredare gli eredi suoi costituiva un processo logico, come sopra si accennò, dei principii di equità e giustizia naturale contro il rigore del diritto antico: esso non potrebbe riprodursi nelle moderne legislazioni senza alterarne l'economia, e dar luogo ad un regresso che niuno può giustificare. Rimane soltanto aperta la via di ammettere per eccezione, la rappresentazione in talune successioni testamentarie ».

« Le osservazioni precedentemente fatte sulla presunta volontà del testatore ascendente si applicano pure al caso in cui un fratello disponga a favore dei suoi fratelli o loro discendenti. E ciò sempre per l'opinione generalmente invalsa, che i figli debbono in tali successioni prendere il posto dei loro genitori, siano esse testamentarie o legittime. Il diritto romano non provvedeva a questo caso nè doveva provvedervi perchè nella successione legittima non ammetteva la rappresentazione nella linea dei collaterali. Giustiniano fu il primo che la ammise, ma in via di stretta eccezione, a favore dei soli figli di primo grado di un fratello premorto, quando essi fossero in concorso dei loro zii, altrimenti stava la regola indeclinabile che il collaterale prossimo esclude gli altri, e trovandosi in grado eguale dividono per capi ».

« Il progetto invece, ad esempio dei vigenti codici, riconosce quale

regola la rappresentazione nella linea collaterale dei fratelli del defunto e loro discendenti, ammettendola senza limitazione come nella linea retta discendente. Ragon voleva pertanto, che applicando lo stesso principio della presunta volontà del testatore che governa la successione legittima, i figli discendenti di fratello s'intendessero chiamati all'eredità e al legato in luogo dell'istituto. Questa rappresentazione eccezionale nelle successioni testamentarie cessa, quando il testatore abbia espresso una volontà contraria o quando tale volontà risulti dalla natura intrinseca della disposizione istessa ».

La ragione di queste eccezioni è evidente. Quando si tratta di usufrutto o di legato di un diritto puramente personale, intransitivo e quindi spento con la persona che n'era il subbietto, la rappresentazione è inutile per intrinseca natura della disposizione istessa. La contraria volontà del testatore osta ad ogni pretenzione altrui in fatto di successione testamentaria. Le liberalità non possono essere nè suggerite nè imposte. Del fondo delle liberalità il testatore dispone come meglio a lui piace. Egli può istituire erede **Primo**, fare un legato a **Secondo** con la espressa dichiarazione che non potendo o non volendo raccogliere l'eredità o il legato, debba quella o questo ritenersi caducato, o passare a favore di un sostituito nei casi permessi dalla legge.

SEZIONE VI.

delle sostituzioni

122. Le **sostituzioni** sono di origine romana. La civiltà quiritana riteneva a disonore la successione intestata, imperocchè la fazione di testamento era considerata come primo fra i più eminenti diritti del cittadino. Riflettendo quindi al caso di caducità ed alla conseguente devoluzione alla eredità legittima, per non incorrere nell'abortito **partim testatus partim intestatus**, s'introdusse il sistema di sostituire ad un primo legatario un secondo, ed al secondo un terzo perchè il legato raggiungesse sicuramente un **onorato**. La legislazione Francese e l'Italiana ammisero la sostituzione, allontanan-

dosi però di molto dalla teoria romana. I romani avevano dei legati la cui esecuzione era garantita dal diritto, ed altri ch'erano semplicemente affidati alla **fede** altrui, e questi erano precisamente detti **fedecommissi**: cioè affidati alla fede. Il rigore del diritto era nella espressione. Il legato si esprimeva col comando **do, lego, capito, sumito**, nel fedecommissio spariva il comando, e si esprimeva la preghiera, **peto, committo**. Un **vinculum juris** garantiva i legati: nulla garantiva i fedecommissi. E pure non vi fu esempio di fede violata nei tempi repubblicani. Qualche caso principiò ad avverarsi ai tempi di **Augusto**, cosicchè fu ordinato ai consoli d'interporre la loro autorità per l'esatta osservanza dei fedecommissi, e finalmente si è dovuto nominare un Pretore speciale per l'esecuzione di essi. Il fedecommissio era particolare o universale, puro e semplice o condizionale, a tempo o perpetuo, ed ammetteva pure la sostituzione. Il fendalismo cambiò questi elementi, e costituì la sostituzione fidecommissaria, il fedecommissio, il feudo diretto a conservare i beni nelle famiglie, con l'ingegnoso mezzo di **conservare** e **restituire** successivamente da generazione in generazione. La borghesia adottò anch'essa la sostituzione fedecommissaria, ed il conservare e restituire divenne comunissimo in tutti i testamenti. Caduto il feudalismo il principio di eguaglianza civile predominò in tutte le istituzioni giuridiche; caddero i fedecommissi, ma per servire all'assolutismo monarchico fu ritenuta la istituzione dei **maggioraschi** e delle primogeniture.

423. Le nuove leggi a completo trionfo dell'eguaglianza, abolirono anche questo avanzo feudale dei maggioraschi, e ritennero soltanto la sostituzione di primo grado, cioè non più di un passaggio obbligato, ma escluso affatto sotto qualunque combinazione il **conservare per restituire**, l'odiosa forma delle sostituzioni fedecommissarie (1). In somma si può chiamare un erede un legatario **in luogo** di un altro, ma non si può fare un erede **dopo** di un'al-

(1) Può all'erede istituito od al legatario sostituirsi un'altra per-

tro: si può sostituire un erede, ma non si può indicare il suo successore. Il divieto è così assoluto che

La nullità della sostituzione fedecommissaria non reca pregiudizio alla validità dell'istituzione d'erede o del legato, a cui è aggiunta: ma sono prive di effetto tutte le sostituzioni anche di primo grado. Art. 900

124. Il legato di usufrutto segue la medesima legge. Una sola eccezione è ammessa in omaggio del progresso sociale o per principio di pubblica utilità;

La disposizione, colla quale è lasciato l'usufrutto o altra annualità a più persone successivamente, ha soltanto effetto in favore dei primi chiamati a goderne alla morte del testatore. Art. 901.

Non è vietato di stabilire annualità da convertirsi in perpetuo o a tempo, in soccorsi all'indigenza, in premio alla virtù o al merito, od in altri oggetti di pubblica utilità, quantunque nella disposizione siano chiamate persone di una data qualità o di determinate famiglie. Art. 902.

125. La sostituzione è espressa dalla formola qualora il chiamato **non possa o non voglia** raccogliere l'eredità o il legato. Si è dubitato se espresso in una disposizione testamentaria il solo **non possa** si debba intendere incluso il **non voglia** e viceversa. I giureconsulti si agitarono pro e contro, la giurisprudenza fu vacillante, il codice napolitano del 1819 ebbe il felice pensiero di troncare la questione con l'articolo 938 delle leggi civili pienamente adottato dal codice italiano

Se nella sostituzione è soltanto espresso uno dei due casi, che il

sona, nel caso che alcuno di essi non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato.

Possono sostituirsi più persone ad una sola ed una sola a più. Articolo 895.

Qualunque disposizione colla quale l'erede o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona, è sostituzione fedecommissaria.

Tale sostituzione è vietata. 899.

20 — V. 3.° — *Calc. Cod.*

primo chiamato non possa o che non voglia conseguire l'eredità o il legato, l'altro caso s'intende tacitamente incluso, purchè non consti della volontà contraria del testatore. Art. 896.

126. Il sostituito nei casi in cui la sostituzione si avvera rappresenta in tutto e per tutto il primo chiamato salvo disposizione contraria del testatore (1) Nella sostituzione reciproca tra più chiamati, la quantità del diritto dei sostituiti si modella su quella dei chiamati. In somma nell'assumere la parte caducata ciascuno prende nella proporzione che gli è propria nel legato originario. Un esempio, e la posizione è chiarita. Lego il fondo Rebecca a B per un **terzo**, a C per un **sesto**, a D per un **quarto** ad E, F, G per un dodicesimo ciascuno e con sostituzione reciproca. B non raccoglie il legato, il **terzo** che lo riguarda va diviso tra i sostituiti nella istessa proporzione della istituzione, cioè il **terzo** di B va diviso in 8 quote delle quali E, F, G ne prenderanno una per ciascuno, C ne prenderà due, D ne prenderà tre, perchè nell'intero diviso per 12 C prendeva il doppio di E, F, G, e D prendeva il triplo: la proporzione è l'istessa. Che se la sostituzione è tra più coeredi o legatari e più un terzo, la parte caducata si divide in parti eguali (2).

127. Le passate leggi del napoletano riconoscevano la sostituzione pupillare, che il codice italiano ha abolita. È utile avere una

(1) I sostituiti devono adempiere i pesi imposti a coloro ai quali sono sostituiti, purchè non apparisca la volontà del testatore di limitare quei pesi alla persona dei primi chiamati.

Nondimeno le condizioni che riguardassero specialmente la persona dell'erede o del legatario, non si presumono ripetute a riguardo del sostituito, so ciò non è stato espressamente dichiarato. Art. 897.

(2) Se tra più coeredi o legatari a parti disuguali è ordinata una sostituzione reciproca, la proporzione fissata nelle quote della prima disposizione si presume ripetuta anche nella sostituzione.

Se poi nella sostituzione insieme coi primi nominati è chiamata un'altra persona, la porzione vacante appartiene in parti eguali a tutti i sostituiti. Art. 898.

idea di questa istituzione giuridica morta, ma ancora influente nella nostra vita giuridica.

La storia del diritto ricorda cinque specie di sostituzioni: la volgare — la pupillare — la esemplare — la reciproca — la compendiosa. La **volgare** è quella mantenuta dal codice italiano. La **pupillare**, di origine romana, era quella con la quale un padre nel suo testamento faceva puro il testamento del figlio, pel caso in cui morisse nell'età pupillare. Nulla di più logico di questa istituzione nel sistema romano. Là dove l'uomo faceva l'erede, dove l'**Uti pater legassit** era espressione dell'assoluta sovranità domestica, là dove per l'esagerato principio della **patria potestas** il figlio era **res** del padre, là dove la coscienza pubblica ripugnava dal morire intestato, era ben naturale che il padre prevedendo la possibile morte del figlio in età pupillare facesse il testamento per lui. Questa istituzione passò in Francia nei paesi di diritto scritto, ma Napoleone l'abrogò. Il codice delle due Sicilie la mantenne ma con importanti modificazioni e nell'articolo 945 disse: *il padre, la madre, gli altri ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli e le sorelle, possono sostituire ad un minore di anni diciotto, nel caso che questi muoia senza figli prima di compiere gli anni diciotto, una terza persona, ma in quei soli beni nei quali sia stato il minore lasciato erede.*

La sostituzione **esemplare**, era la pupillare applicata non al figlio minore, ma imbecille o pazzo. Ebbe la medesima sorte della pupillare in Francia e nel Napoletano. Si sostenne sino alla pubblicazione dei codici. La sostituzione **reciproca** è quella pure ritenuta dal codice italiano. La **compendiosa** era quella che si esprimeva con termini da comprendere la pupillare e la fedecommissaria, e così detta *quia sub compendio verborum plures continet substitutiones*. Era usata nei tempi in cui ambedue le sostituzioni erano permesse.

SEZIONE VIII.

degli esecutori testamentari

128. La legge lascia al proprietario il diritto di dettar la legge di sua successione, e gliene garentisce l'osservanza. Questa garentia

è già un conforto pel testatore. Egli muore così, tranquillo, sicuro che la sua volontà sarà eseguita: ma ciò non toglie ch'egli possa affidare a taluno di sua piena fiducia, la cura di fare eseguire il suo testamento. Questo incaricato è l'**esecutore testamentario** (1).

129. Egli è un mandatario, quindi assume tutte le obbligazioni derivanti dal mandato: è responsabile dei danni, è obbligato a render conto del fatto suo, cose tutte che suppongono una capacità giuridica, una persona capace di obbligarsi e di obbligare. Quindi

Chi non può contrarre obbligazioni, non può essere esecutore testamentario. Art. 904.

Il minore non può essere esecutore testamentario, neppure coll'autorizzazione del padre, del tutore o del curatore. Art. 905.

Questa eccezione di capacità quanto al minore anche autorizzato ed assistito è un riguardo all'eredità. Gli eredi subiscono l'esecutore testamentario nominato dal testatore: è d'uopo almeno che dessi sian posti in rapporto con un uomo, e che non abbiano a fare con un minore.

130 Per mettere questo esecutore a caso di bene eseguire il suo incarico, il testatore può concedergli per un anno il possesso immediato di tutti o parte dei suoi beni immobili. Egli avrà così una parte rilevante ed alle volte massima di un patrimonio ereditario, a doppio scopo: e per soddisfare i legati, e per compellere così gl'interessati ad una sollecita esecuzione della legge successoria dettata dal testatore. Però è dato agli eredi di far cessare questo possesso soddisfacendo allo scopo cui è diretto con altro modo qualunque (2).

(1) Il testatore può nominare uno o più esecutori testamentari. Articolo 903.

(2) Il testatore può concedere all'esecutore testamentario l'immediato possesso di tutti o di una parte soltanto dei suoi beni mobili, ma tale possesso non può oltrepassare un anno computabile dal giorno della sua morte. Art. 906.

L'erede può far cessare il detto possesso, offrendosi pronto a con-

L'esecutore testamentario col possesso dei beni è un depositario della cosa altrui, con facoltà di adoperarla ad uso determinato. Obbligato a dar conto ha il diritto di sapere e contestare ciò che prende: quindi

Gli esecutori testamentari faranno apporre i sigilli, quando fra gli eredi vi siano minori, interdetti o assenti od un corpo morale.

Faranno stendere l'inventario dei beni dell'eredità in presenza dell'erede presunto, o dopo averlo citato.

Non essendovi danaro bastante per soddisfare i legati, faranno istanza per la vendita dei mobili.

Vigileranno perchè il testamento sia eseguito, ed in caso di controversia possono intervenire in giudizio per sostenerne la validità.

Spirato l'anno della morte del testatore, devono render conto della loro amministrazione. Art. 908.

L'esecutore è un fiduciario, e la fiducia è sempre personale: quindi

Le attribuzioni dell'esecutore testamentario non passano a' suoi eredi. Art. 909.

L'esecutore può essere uno, possono essere più nominati insieme dal testatore. Niuno è obbligato ad accettare l'incarico, ma l'accettazione obbliga come ogni altro vincolo giuridico. Se più nominati hanno avuto incarico distinto, ciascuno agisce per la sua via, e naturalmente con una responsabilità limitata alla propria azione. Se l'incarico fu dato complessivamente un solo può agire in mancanza di altri, ma tutti rispondono solidalmente quanto ai mobili loro affidati (1).

segnare all'esecutore testamentario una quantità di danaro bastante al pagamento dei legati di beni mobili, o giustificando d'averli soddisfatti, od assicurandone il pagamento nei modi e tempi voluti dal testatore. Articolo 907.

(1) Se vi sono più esecutori testamentari che hanno accettato, uno solo può agire in mancanza degli altri; ma sono tenuti in solido a ren-

In tutti i conti agendo nell'interesse dell'eredità e con mandato gratuito, mettono a carico dell'eredità tutte le spese **indispensabili** per l'esercizio delle loro funzioni (1).

131. Vuolsi che gli esecutori testamentari non erano conosciuti in Roma. Per vero non se ne aveva bisogno, imperocchè quel popolo era geloso della esecuzione dei testamenti come di cosa che interessava il pubblico: *publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere*. S' incontrano però nel digesto dei frammenti che accennano agli esecutori testamentari e segnatamente nell'epoca imperiale. Vi erano i **dispensatores** o **ministri legati** ai quali spettava dare esecuzione ai legati ed esigere dal gravato la *cautio legatorum serrandarum causa*. Ma tutto ciò non è certamente la istituzione come ora l'abbiamo, e che ha origine dalla Francia.

SEZIONE VIII.

del deposito dei testamenti olografi e dell'apertura o pubblicazione dei testamenti mistici

132. Il testamento olografo è un atto privato e come tale destituito di forza esecutiva. Senza di questa è un arnese inutile e senza scopo. E pure esso è il codice della successione di un uomo. La legge che lo riconosce come tale doveva creare per esso una istituzione giuridica dalla quale potesse assumere la sua efficacia, la sua forza esecutiva, pari a quella dell'atto pubblico. Questa istituzione è il deposito, seguito da un processo verbale che lo contesta e l'autentica.

der conto dei beni mobili loro affidati, purchè il testatore non abbia divise le loro funzioni e ciascuno di essi non siasi ristretto a quella che gli fu attribuita. Art. 910.

(1) Le spese fatte dall'esecutore testamentario per l'inventario e il rendimento dei conti, e le altre indispensabili per l'esercizio delle sue funzioni sono a carico dell'eredità. Art. 911.

Il testamento olografo, sull'istanza di chiunque creda avervi interesse, sarà depositato presso un notaio del luogo in cui si è aperta la successione, alla presenza del pretore del mandamento e di due testimoni.

La carta in cui si contiene il testamento sarà vidimata in calco di ciascun mezzo foglio dai due testimoni, dal pretore e dal notaio.

Si stenderà nella forma degli atti pubblici processo verbale del deposito; nel quale il notaio descriverà lo stato del testamento trascrivendone esattamente il tenore, o farà pure menzione dell'apertura del testamento se fu presentato sigillato, e della vidimazione fattane da lui, dal pretore e dai testimoni.

Il processo verbale sarà sottoscritto dal richiedente, dai testimoni, dal pretore e dal notaio, e sarà al medesimo unita la carta che contiene il testamento, l'estratto dell'atto di morte del testatore o il provvedimento del tribunale in conformità dell'articolo 26. Art. 912.

Nel caso che il testamento olografo fosse stato dal testatore depositato presso un notaio, le formalità stabilite dall'articolo precedente saranno eseguite presso il notaio depositario. Art. 913.

Adempite le formalità stabilite dai due precedenti articoli, il testamento olografo avrà la sua esecuzione, salvi i provvedimenti conservativi che l'autorità giudiziaria davanti la quale fosse impugnato il testamento, o il pretore nell'atto del deposito, in via d'urgenza, credesse di dare a cautela degli interessati. Art. 914.

Questo articolo 914 con le parole **avrà la sua esecuzione** salvo i provvedimenti conservativi che l'autorità giudiziaria davanti la quale **fosse impugnato** o il pretore nell'atto del deposito in via di urgenza credesse di dare a cautela degli interessati, indicano abbastanza che la forza probante dell'olografo depositato e contestato è pari a quella dell'atto pubblico, ed il suo contenuto è un vero giuridico che cede soltanto con l'attacco di falso. Vi è però taluno che opina il testamento olografo tuttochè depositato ed autenticato non cessare dall'essere nella sua sostanza un atto privato, e quindi stare a carico del produttore la prova della sua verità. La questione fu agitata in seno della commissione coordinatrice sulla mozione dell'illustre **Mancini**, ma dalla discussione e dalle parole del **Pisanelli** si rileva chiarissimo che il concetto legislativo è questo: operato il deposito il testamento olografo è un vero giuridico fino a tanto che quegli che lo impugna, non ne abbia dimostrata la falsità. L'art. 914

fu aggiunto dalla commissione istessa in seguito della discussione, precisamente per far rilevare il concetto di sopra espresso.

433. Il testamento segreto acquista la sua forza esecutiva con l'atto di apertura e pubblicazione la di cui forma è la seguente:

Il testamento ricevuto in forma segreta, sull'istanza di chiunque crenda avervi interesse, sarà dal notaio aperto e pubblicato in presenza del pretore del mandamento di sua residenza e di due almeno dei testimoni intervenuti all'atto di consegna. Qualora questi non si trovassero, saranno chiamati due altri testimoni per riconoscere lo stato della scheda testamentaria e, se è possibile, le sottoscrizioni.

La carta che contiene il testamento, sarà viduinata in calce di ciascun mezzo foglio dai due testimoni, dal pretore e dal notaio che la conserverà insieme coll'atto di consegna.

Dell'apertura e della pubblicazione si stenderà processo verbale nella forma degli atti pubblici, nel quale il notaio descriverà lo stato del testamento, e farà menzione della viduazione fattane da lui, dal pretore e dai testimoni.

Il processo verbale sarà sottoscritto dal richiedente, dai testimoni, dal pretore e dal notaio, e sarà al medesimo unito l'estratto o il provvedimento accennato nell'ultimo capoverso dell'articolo 912. Art. 915.

SEZIONE IX.

della revocazione dei testamenti

434. Il testamento è un atto essenzialmente revocabile. È piaciuto a taluni giustificare questa revocabilità col principio di libertà di pensiero e di azione che l'uomo non può interdire a se stesso. Questo principio non è esatto, anzi è una contraddizione al principio di libertà a cui fa omaggio. La libertà umana non ha limiti che nella necessità, e questa necessità ha capo nell'ordine morale, nell'ordine fisico, e nell'ordine sociale. L'uomo non è libero per fare il male: deve necessariamente fare il bene per essere uomo: se fa il male degrada l'uomo, degrada se stesso, pecca contro natura e fuori l'ordine morale, e trova la sua pena nella giustizia di Dio. L'uomo non è libero nell'ordine fisico in quantochè non può contrastare i fatti fisiologici, deve rispettarli necessariamente per vivere, e se non li ri-

spetta e li seconda distrugge se stesso, pecca contro natura e trova la sua pena nella giustizia di Dio. L'uomo non è libero nell'ordine sociale in quanto che non può far tutto quanto vuole, ma deve necessariamente rispettare la legge, e se non la rispetta distrugge il suo rapporto con lo stato, pecca contro la società, e la giustizia sociale punisce il suo reato, distrugge i fatti illeciti, annulla gli atti illegittimi e lo costringe al risarcimento dei danni verso chi di ragione.

Ma cosa vuol dire che l'uomo non può interdire a se stesso un cambiamento di volontà? E da qual fonte ha origine la giustificazione razionale del **vinculum juris** costituito da tutte le convenzioni se non da questa interdizione a se stesso di cambiamento di volontà? E donde la giustificazione della pena che segue la violazione dei contratti, se non nel tradito impegno di non mutar volontà in rapporto all'obbiettivo del contratto? Non è dunque dalla impossibile interdizione al cambiamento di volontà che bisogna ripetere la revocabilità del testamento. Il testamento di sua natura è un pensiero, un progetto di economia domestica oltretomba, un atto unilaterale che non crea né diritti, né doveri per chicchessia, fintantochè non venga un fatto che renda impossibile il cambiamento di quel pensiero, di quel progetto di economia oltretomba, e questo fatto non può essere che la morte della mente che pensa e progetta. Fuori di Dio non vi è potenza che metta legge al pensiero; da ciò la libertà di pensiero emancipata dalle leggi umane. Ma quando il pensiero esternato diviene un fatto è allora che entra nel dominio del diritto, e si qualifica a maniera della sua armonia o meno con lo scopo umano alla di cui attuazione provvede il diritto. Il testamento scritto è un fatto ch'entra nel dominio del diritto: il diritto trova utile sanzionare la revocabilità del testamento come un fatto che risponde alla intrinseca natura dell'atto, e trova altresì utile dichiarare impossibile civile la rinunzia alla libertà di revocare un testamento.

Non si può in qualsiasi forma rinunziare alla libertà di revocare o cangiare le disposizioni fatte per testamento: ogni clausola o condizione contraria non ha effetto. Art. 916.

Con questo articolo la legge assoda il principio essere nella fa-
24 — Vol. 3.° — **CALC. Cod.**

collà umana l'interdire a se stesso il cambiamento di volontà, ma dichiara che questa interdizione non è nè autorizzata nè tollerata dal diritto positivo.

La storia del diritto ci tramanda l'abuso che di questa interdizione si è fatto, da provocare una legge fin dai tempi più remoti. *Nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priori voluntate ei recedere non liceat*. Eransi introdotte clausole derogatorie con le quali un testatore dichiarava esser sua volontà che nessuno altro testamento posteriore potesse rivocare quello, ammenocchè non contenesse un motto indicato per esempio *beatus vir qui timet — la madre di Dio abbia pietà di me*, come segno che il posteriore derogava l'anteriore. Quistioni accanite sursero fra gli antichi scrittori sulla validità o meno di tale clausola, e cause rovinose si agitarono in Francia, cosicchè l'ordinanza del 1735 finì col dichiararle nulle. Il codice Napoleone non ne fece una espressa proibizione ma la comprese nello spirito dell'articolo 1033: *i testamenti non potranno essere rievocati nè in tutto, nè in parte se non con un testamento posteriore, e con un atto innanzi notaio nel quale sia dichiarata la mutazione di volontà*. Il sistema francese fu ritenuto dai codici che s'informarono dai suoi principii. Il codice Sardo e l'Estense riprodussero l'ordinanza del 1735 e sanzionarono il divieto della clausola derogatoria. Il codice italiano riproduce questo divieto nell'articolo 916 che deve perciò ritenersi come un articolo che esprime una storia anzicchè un principio razionale.

135. Dichiarata assoluta la rivocabilità del testamento doveva determinarsi il modo di rivocazione. Il testamento è un fatto, quindi per rievocarlo non basta un pensiero, ma è necessario un fatto della di cui certezza non possa dubitarsi, cioè o una dichiarazione in atto pubblico o un testamento posteriore (1): e questa dicesi **rivocazio-**

(1) I testamenti possono essere rievocati o in tutto o in parte con un testamento posteriore, o con un atto ricevuto da un notaio in presenza di quattro testimoni che lo sottoscrivano, in cui il testatore personalmente dichiara di rievocare o in tutto o in parte la disposizione anteriore. Articolo 917.

ne espressa, il di cui effetto è l'annullamento del testamento e delle disposizioni rivate, che non possono più rivivere altrimenti che riprodotte in un testamento ulteriore (1).

Nel caso di revocazione espressa per mezzo di un testamento posteriore l'effetto di questo è doppio: annulla il precedente — detta la legge successoria nuova. Dato che fosse annullato per vizio di forma portante a nullità, non potrebbe certamente avere effetto come testamento. Potrebbe valere come atto notarile valido per revocare il precedente testamento? Grave quistione fu questa nella scuola e nel foro, ma il codice italiano la tronca recisamente ritenendo la negativa (2). Però se il testamento revocatorio resterà senza effetto o per caducità o per rinunzia, la sua forza derogatoria non verrà meno (3).

136. Un testamento posteriore non revoca espressamente il precedente, ma detta disposizioni contrarie ed incompatibili col testamento anteriore: questa è una **revocazione tacita** che colpisce tutta la parte contraria ed incompatibile del testamento anteriore (4).

137. Per l'esercizio di questo diritto di revocazione è dato al testatore di riprendere il suo testamento depositato o presso il notaio o presso un archivio. Il testamento dev'essere restituito sulla sua richiesta. Tutto sta che il depositario della scheda si accerti che il richiamo è fatto dal testatore. La legge incarica specialmente il pretore del mandamento di assicurarsi della identità del testatore, e detta la solenne formola dell'atto di restituzione, perchè sia posta

(1) Le disposizioni rivate nel modo espresso nell'articolo 917 non si possono far rivivere, se non con un nuovo testamento. Art. 919.

(2) Un testamento nullo non può avere l'effetto di atto notarile per revocare i testamenti anteriori. Art. 918.

(3) La revocazione fatta con un testamento posteriore ha pieno effetto, ancorchè questo nuovo atto resti senza esecuzione perchè l'erede istituito od il legatario sia premorto, sia incapace o rinunzi all'eredità od al legato. Art. 921.

(4) Il testamento posteriore che non revoca in modo espresso i precedenti, annulla in questi soltanto le disposizioni che si trovassero contrario alle nuove o incompatibili con esse. Art. 920.

al coperto dell'intrigo e della frode di coloro che per avventura sarebbero interessati della soppressione del testamento (1).

Altri casi equivalenti alla revocazione tacita sono: l'alienazione della cosa, la trasformazione in modo da farle perdere la precedente forma e la primitiva destinazione.

438. In diritto romano ove il testamento rivestiva la forma solenne della legge, la revocazione non poteva farsi che con la forma medesima. *Tum autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est.* Però come nel testamento romano la parte essenziale e costitutiva era l'istituzione di erede, la revocazione solenne si richiedeva solo per questa. Pel legato non vi era bisogno di forme solenni, e poteva revocarsi con un modo qualunque atto a manifestare il cambiamento di volontà.

(1) Il testamento segreto, ed anche il testamento olografo che fosse stato depositato, può in ogni tempo essere dal testatore ritirato dalle mani del notaio presso cui si trova.

Per cura del notaio si stenderà processo verbale della restituzione in presenza del testatore e di due testimoni, con l'intervento del pretore del mandamento; il pretore deve particolarmente accertarsi dell'identità della persona del testatore.

Il processo verbale di restituzione sarà sottoscritto dal testatore, dai testimoni, dal pretore e dal notaio; se il testatore non può sottoscrivere, se ne farà menzione.

Qualora il testamento fosse depositato in un pubblico archivio, il verbale sarà steso dall'uffiziale archivista con l'intervento del pretore del mandamento, e sottoscritto dal testatore, dai testimoni, dal pretore e dall'uffiziale medesimo.

Il processo verbale menzionato nelle precedenti disposizioni sarà conservato nelle forme stabilite dai regolamenti, e si apporrà nota dell'eseguita restituzione del testamento in margine o in calce dell'atto di consegna o di deposito. Art. 922.

CAPO III.

**disposizioni comuni alle successioni legittime
o testamentarie**

439 Alla morte di un uomo che ha un patrimonio la posizione economica di sua famiglia è spostata. Vi è un patrimonio senza soggetto: vi sono soggetti che hanno o pretendono di avere diritto di occuparlo o come eredi legittimi, o come eredi testamentari, o come creditori del defunto. Fra tanti concorrenti con diritti non sempre eguali e spesso opposti, a ciascuno dev'essere assegnato il suo posto, ciascuno deve trovar modo per attuare il proprio diritto, perchè l'ordine economico di una famiglia momentaneamente turbato possa ristabilirsi.

Determinare — il momento dell'apertura della successione e del passaggio dei beni del defunto all'erede — l'accettazione pura e semplice ovvero condizionata o la rinuncia dell'eredità — la sorte di un patrimonio per avventura rifiutato — il modo di eguagliare i diritti concorrenti o la scambievole garanzia dei diritti risultati — la ripara-
zione di una divisione mal fatta — il riguardo dovuto ad una divisione stabilita dal padre di famiglia — il pagamento dei debiti ereditari, sono problemi giuridici da risolvere nel processo di successione. Questi problemi si risolvono nelle otto sezioni di questo capo.

SEZIONE I.

*dell'apertura della successione e della continuazione del possesso
nell'erede*

440. Quando si apre una successione, e dove? L'ultimo respiro dell'uomo che muore investe l'erede del possesso effettivo dei beni che lascia. Non vi è un sol momento di vuoto in rapporto al subbietto del patrimonio ereditario: **il morto impossessa il vivo.**

Il luogo della morte è il luogo in cui si apre la successione: la istantaneità di tempo associa la continuità dello spazio (1).

141. Questo vivo per opera della legge impossessato della eredità è l'erede legittimo più prossimo al defunto. Se altri che pretenda aver diritto sui beni dell'eredità ne prende possesso, gli eredi si hanno per spogliati di fatto. I naturali in concorso di legittimi debbono rivolgersi a questi per conseguire ciò ch'è loro dovuto (2).

142. Se la trasmissione dei diritti successorii avviene al momento della morte, se pel godimento di un diritto qualunque è indispensabile condizione l'esistenza, è necessario conoscere, se all'epoca, o per dir più preciso, se al momento dell'apertura della successione l'erede era esistente. Un momento solo di sopravvivenza al defunto, ed è quanto basta all'erede per l'acquisto del diritto, e per la trasmissibilità di esso ai suoi successori. Ma se di un sol momento l'erede fosse premorto al suo autore, l'eredità di costui andrebbe ad incontrare persone diverse che sarebbero state interamente escluse, se l'erede fosse sopravvissuto al suo autore. È facile intendere che in fatto di successione è di suprema importanza conoscersi il momento preciso della morte di un uomo. Cosicchè se fra due o più chiamati a succedersi rispettivamente è dubbio chi sia morto primo, quistioni ereditarie importantissime sorgono da tal dubbio, ordini differenti, linee diverse si contrastano la qualità di erede attaccata a quel dubbio momento della morte di colui alla cui eredità son chiamati. Or nelle morti ordinarie il momento del decesso è precisato dall'atto di morte: ma

(1) Il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione. Art. 925.

(2) Se altri che pretenda aver diritto sopra i beni dell'eredità, ne prende possesso, gli eredi si hanno per ispogliati di fatto, e possono esercitare le azioni tutte che competono ai possessori legittimi. Art. 926.

I figli naturali, che hanno diritto ad una parte dell'eredità in concorso con figli legittimi, debbono chiederne a questi il possesso. Articolo 927.

I casi e le formalità di apposizione e di rimozione dei sigilli sono determinate dal codice di procedura civile. Art. 928.

s' immagini che le persone chiamate rispettivamente a succedersi sian morte insieme in un naufraggio, in un attacco, sotto una frana, in un incendio o in altro simile infortunio, non è possibile determinare chi sia l'erede, se non si determina chi sia morto prima, o se entrambi sian morti contemporaneamente.

443. Due sistemi erano in campo. Uno procedeva per presunzioni desunte dalle circostanze di fatto, ed in mancanza di queste dal vigore dell'età e del sesso, ed era il sistema dominante in Francia e nei codici italiani. L'altro era quello di presumere tutti morti ad un tempo, e lasciare libera la prova a colui che sostiene la morte anteriore dell'uno o dell'altro. Questo è il sistema austriaco.

Il codice italiano adottando il principio razionale secondo il quale chiunque reclama un diritto devoluto ad una persona la cui esistenza non sia riconosciuta, deve provare ch'essa esisteva quando si è fatto luogo alla devoluzione del diritto, si tenne al sistema austriaco.

Se fra due o più chiamati rispettivamente a succedersi è dubbio quale abbia pel primo cessato di vivere, chi sostiene la morte anteriore dell'uno o dell'altro, deve darne la prova; in mancanza di prova si presumono morti tutti ad un tempo, e non ha luogo trasmissione di diritto dall'uno all'altro. Art. 924.

444. Nel diritto romano la successione si apriva con la morte dell'uomo, ma il luogo era quello dov'erano siti i beni, e perciò dovevasi domandare l'immissione in possesso. Tutte le quistioni ereditarie poi si agitavano nel foro del convenuto. Come in quel sistema vi erano gli eredi necessari, questi acquistavano immediatamente una qualità che non potevano recusare. Gli eredi semplici potevano rinunciare, e quindi divenivano eredi di fatto con la **cretio**, formola solenne di edizione di eredità, o con una semplice dichiarazione, o con un fatto da cui risultava l'accettazione. In quel sistema l'uomo faceva l'erede, quindi era necessario pria di tutto conoscere se vi era testamento, ovvero successione intestata. Finchè ciò non era acclarato, l'erede non acquistava possesso, e l'eredità era giacente.

Per una istituzione giuridica tutta propria di quel sistema, la eredità si personificava in se stessa, diveniva un **ente giuridico** ca-

pace di acquisto di diritti. *Hereditas personae vice fungitur sicut municipium et decuria et societas*. L'eredità rappresentava il defunto fintantoché non era costituito l'erede con l'**aditio hereditatis**. L'adizione fatta retroagiva all'apertura della successione: *omnia fere jura heredum perinde habentur ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent*.

Nel sistema germanico la comproprietà di diritto nel patrimonio familiare e la solidarietà della famiglia operava il passaggio dal defunto agli eredi del sangue col famoso principio **le mort saisit le vif**, e la **saisine** nella persona dell'erede era continuazione del possesso del defunto all'erede. L'eredità giacente del diritto romano era impossibile.

La Francia nei paesi consuetudinari tenne il sistema germanico, nei paesi di diritto scritto seguì il sistema romano. Con la codificazione cadde il dualismo legislativo, e la **saisine** fu ritenuta come investimento immediato della qualità ereditaria nell'erede presunto, e del possesso immediato e legittimo dei beni ereditari con la rappresentanza giuridica della personalità del defunto. Questo sistema fu abbracciato da tutti i codici delle nazioni civili.

SEZIONE II.

dell'accettazione dell'eredità, e della rinunzia alla medesima

145. **Il morto impossessa il vivo**, ma di fronte a questa massima vi è l'inviolabile diritto di libertà di azione che la legge garantisce eminentemente, proclamando il principio **non è erede chi non vuole**.

La legge esaurisce il suo compito e fa l'erede, l'uomo fa il suo tornaconto ed **accetta** o **rinunzia** l'eredità.

§ I.

dell' accettazione

146. Si accetta l' eredità in più modi

L' accettazione può essere espressa o tacita.

È espressa quando si assume il titolo o la qualità di erede in un atto pubblico o in una scrittura privata.

È tacita quando l' erede fa un atto, che presuppone necessariamente la sua volontà di accettare l' eredità, e che non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede. Art. 931.

147. Pur non di meno vi sono atti che simulano per se stessi l' atto di erede, ma non sono tali, ammenochè contemporaneamente all' atto non si assume il titolo e la qualità di erede. Tali sono gli atti conservativi, di vigilanza e di amministrazione temporanea. Donare, vendere, cedere un diritto ereditario, rinunziarlo per un prezzo correlativo è atto di accettazione (1).

148. Si è questionato se la rinunzia gratuita a favore di tutti i coeredi legittimi o testamentari ai quali sarebbe devoluta la parte del rinunziante in caso di sua mancanza, importa accettazione di eredità. Il codice Albertino e l' Estense avevano troncata la quistione per la negativa, ed il codice Italiano ha riprodotto l' istessa soluzione.

(1) Gli atti semplicemente conservativi, di vigilanza e di amministrazione temporanea non importano accettazione di eredità, se con essi non siasi assunto il titolo o la qualità di erede. Art. 935.

La donazione, la vendita o la cessione che uno dei coeredi faccia de' suoi diritti di successione ad un estraneo, o a tutti i suoi coeredi o ad alcuno di essi, inducono dal suo canto l' accettazione dell' eredità. Articolo 936.

Lo stesso ha luogo per la rinunzia fatta anche gratuitamente da uno degli eredi a vantaggio di uno o più de' suoi coeredi, come anche per quella fatta a profitto di tutti i suoi coeredi indistintamente quando per la rinunzia riceve un prezzo. Art. 937.

Chi rinunzia in modo siffatto non assume qualità nè la trasmette in altri. Egli non fa che togliersi da mezzo lasciando che la legge faccia il suo corso, che l'acqua corra per la sua china. Il codice Estense esprimeva felicemente questo concetto nel suo articolo 967, *la rinunzia alla eredità fatta gratuitamente dal coerede a pro di tutti gli altri coeredi testamentari o ab intestato ai quali sarebbe devoluta la di lui porzione in caso di mancanza, lo toglie di mezzo come se mai non avesse esistito*. Si noti però che questa rinunzia deve essere **gratuita** a favore **di tutti** per non essere operativa di accettazione di eredità, assunzione, e cessione di essa (1).

149. La facoltà di accettare una eredità dura trenta anni dall'apertura della successione. Dopo trenta anni ogni diritto è spento (2). Questo diritto non esercitato è trasmissibile agli eredi (3), e se gli eredi son più e discordi sull'accettazione o sulla rinunzia, chi accetta è il solo responsabile della qualità che assume (4).

150. L'erede che trova nel patrimonio ereditario un diritto di accettazione di eredità esperibile ancora, può esercitarlo ed accettare l'eredità, o rifiutarla. Egli è il rappresentante giuridico della personalità di colui a cui quel diritto competeva. Ma se questo erede avesse rinunziato all'eredità di costui, egli sarebbe affatto estraneo ai

(1) La rinunzia fatta da un coerede non induce accettazione di eredità, quando sia fatta gratuitamente a tutti quei coeredi legittimi o testamentari, ai quali sarebbe devoluta la porzione del rinunziante in caso di sua mancanza. Art. 938.

(2) La facoltà di accettare un'eredità non si prescrive che col decorso di trent'anni. Art. 943.

(3) Quello a cui favore si è aperta una successione, se muore senza averla accettata espressamente o tacitamente, trasmette a' suoi eredi il diritto di accettarla. Art. 939.

(4) Se questi eredi non sono fra loro d'accordo per accettare o per rinunziare all'eredità, quello che accetta acquista solo tutti i diritti e soggiace a tutti i pesi dell'eredità, rimanendovi estraneo il rinunziante. Articolo 940.

diritti che a lui competevano, e non potrebbe in conseguenza esercitare il diritto di accettare una eredità allo stesso deferita (1).

451. L' accettazione fatta è irrevocabile menochè per violenza — dolo — o ignoranza invincibile — L' accettazione è un contratto, e tutti i contratti si rescindono quando è vizioso l' elemento costitutivo, il consenso. La violenza, il dolo viziano il consenso nell' elemento della spontaneità, l' ignoranza lo vizia nell' elemento dell' intelligenza. Un accettazione prodotta dalla violenza dal dolo o dalla ignoranza è una negazione, un nulla. Però l' ignoranza dev' essere invincibile. La ignoranza vincibile è una imbecillità una trascuranza che non merita riguardo. Chi accetta una eredità non deve ignorare che può andare incontro ad un bene o incontro ad un danno. Fa d' uopo che egli misuri la sua convenienza sulla condizione del patrimonio del defunto. Ma può darsi che una eredità intestata si presenti vantaggiosa all' erede, e l' erede accetta. Un testamento ignorato vien fuori, ed in esso i legati assorbono l' eredità. Per l' accettazione compiuta il patrimonio del defunto si è confuso col patrimonio dell' erede. L' erede deve supplire col proprio patrimonio al difetto del patrimonio ereditato. Questa posizione creata da una ignoranza invincibile, è ingiusta. La legge deve soccorrerla. È giusto che la volontà del testatore sia eseguita dall' erede che ha accettato l' eredità. È giusto che questa accettazione nell' ignoranza invincibile se non giovi non pregiudichi almeno la posizione giuridica dell' erede, quindi il temperamento conciliativo è questo;

L' accettazione della eredità non si può impugnare, salvo che sia stata la conseguenza della violenza o del dolo.

Non si può neppure impugnare la accettazione per causa di lesione.

Tuttavia, se viene a scoprirsi un testamento del quale non si aveva

(1) Gli eredi che hanno accettato l' eredità propria del trasmittente, possono tuttavia rinunziare all' eredità al medesimo devoluta ma non ancora da lui accettata: all' opposto la rinunzia dell' eredità propria del trasmittente inchiude quella dell' eredità al medesimo devoluta. Art. 941.

452. L'accettazione fatta risale sino al giorno in cui si è aperta la successione. Non vi può essere eredità a tempo. Accettata l'eredità al ventinovesimo anno del tempo utile, si è erede per tutti i ventinove anni decorsi dall'apertura della successione. *Semel heres semper heres*. In tali ritardate accettazioni vi è sempre una eredità tenuta da un erede apparente. L'erede che accetta deve rispettare i diritti acquistati dai **terzi in buona fede** mercè convenzioni passate con l'erede apparente. Costui in **buona fede**, è obbligato a restituire il prezzo ricevuto delle alienazioni fatte o l'azione a ripeterlo se ancor dovuto, e rassegnare i beni ed i frutti dal giorno della domanda. Se l'erede apparente non è in buona fede è un occupatore, un usurpatore tenuto a restituir tutto compresi i frutti percepiti (1).

453 Effetto principale dell'accettazione dell'eredità è il passaggio della rappresentanza giuridica del defunto all'erede, la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede. Attivo e passivo del defunto, attivo e passivo dell'erede sono un sol tutto.

454. Ben dura è la condizione dell'erede di fronte al patrimonio ereditario. Egli deve accettare o rifiutare. Accettando s'impegna a pagare tutto il passivo ereditario anche consumando sino all'ultimo soldo il proprio patrimonio. Se rifiuta può perdere dei seri vantaggi. Un buon sistema legislativo non può permettere posizioni così anomale

notizia al tempo dell'accettazione, l'erede non è tenuto a soddisfare ai legati scritti in esso oltre il valore dell'eredità, salva la porzione legittima che gli sia dovuta. Art. 912.

(1) L'effetto dell'accettazione risale al giorno in cui si è aperta la successione.

Sono però sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente. Se questi ha alienato in buona fede una cosa dell'eredità, è soltanto obbligato a restituire il prezzo ricevuto o a cedere la sua azione contro il compratore che non lo avesse ancora pagato.

L'erede apparente di buona fede non è tenuto alla restituzione dei frutti, se non dal giorno della domanda giudiziale. Art. 933.

ed imbarazzanti. È necessaria una istituzione giuridica che tolga l'erede da questo imbarazzo, e che mantenga salvi tutti i diritti concorrenti. La sapienza romana ci ha tramandato anche questa istituzione nell'accettazione di eredità condizionata col beneficio d'inventario.

155. In Roma erano frequentissime le rinunzie di eredità. La condizione degli eredi necessari in quel sistema era la più ingiusta che mai. L'**uti pater familias** era la più eminente espressione del diritto di proprietà, ma esprimeva al tempo istesso un dispotismo esagerato, inconciliabile con la ragione e con l'equità, in riflesso a taluno dei suoi risultati. Per temperarne gli effetti s'introdusse il **beneficium abstinendi** per gli eredi necessari, il **beneficium deliberandi** per gli eredi comuni. L'erede necessario doveva esser cauto di serbare una perfetta astensione dalla eredità. In tal caso non comprometteva i suoi beni. Se nulla conseguiva, nulla perdeva del proprio. Il **beneficium abstinendi** equivaleva alla rinuncia per esso impossibile, se non che i coeredi non erano obbligati come nelle rinunzie ordinarie ad accettare la porzione di colui che si era astenuto. Questo beneficio a riguardo dei minori si accordava anche senza la condizione della rigorosa astinenza, *etiamsi se immiscuerit ereditati*.

L'erede comune avvalendosi del **beneficium deliberandi** otteneva un termine per ponderare sulla sua convenienza di accettare o meno l'eredità. Ma questo temperamento non fu sufficiente. Bisognava trovar modo come rendere innocua all'erede la rappresentanza del defunto, un modo che impedisse la confusione dei patrimoni, un modo che mettesse una linea di demarcazione insormontabile tra i beni del defunto e quelli dell'erede, riuniti nella persona di costui. La istituzione dei fedecommissi e dei coecilli aveva già dato l'idea di una trasmissione di beni senza passività. **Giustiniano** colpì a segno istituendo un'accettazione di eredità condizionata, cioè la possibilità di assumere la rappresentanza del defunto senza responsabilità oltre il valore della eredità. Per l'attuazione di questa istituzione era necessaria una liquidazione precisa dell'attivo e del passivo ereditario, ed il modo di ottenerla fu l'**inventario**, cioè la descrizione precisa dei beni della eredità. Ne venne così la più ra-

dicale riforma del sistema successorio romano, con l'accettazione di eredità **col beneficio dell'inventario**. L'erede così accettante, si chiamò **erede beneficiato**. Questo erede assumeva tutto l'attivo ed il passivo ereditario, ma non era obbligato a pagare **nulla ultra vires haereditatis**. Questa istituzione fece il giro del mondo, e fu accolta in tutti i codici. Surse così la distinzione tra accettazione pura e semplice ed accettazione col beneficio d'inventario (1).

456. Pel principio *beneficia non dantur invitis* si lasciò in libertà dell'erede accettare in un modo o nell'altro, ma si rese obbligatoria l'accettazione beneficiata per quelle persone per le quali non è riconosciuta la capacità di esercizio di azione giuridica, come minori, interdetti, inabilitati e corpi morali (2).

457 E qui è appena necessario cennare che un atto così importante quanto è l'accettazione dell'eredità, non poteva lasciarsi in balia delle persone mancanti di capacità di esercizio dei diritti civili per difetto di età o di mente, e quindi per i minori di età si rimanda ai modi stabiliti dall'articolo 226 per quelli sotto patria potestà, 296 per quelli sotto tutela, 319 per gli emancipati, e 329 per gli interdetti: si richiede il consenso del curatore per i maggiori inabilitati, e l'autorizzazione del governo per i corpi morali.

(1) L'eredità può essere accettata puramente e semplicemente, o col beneficio dell'inventario. Art. 929.

(2) Le eredità devolute ai minori ed agli interdetti non si possono validamente accettare, che con le formalità stabilite nei titoli VIII e IX del libro primo di questo codice, e col beneficio dell'inventario. Art. 930.

I maggiori inabilitati non possono accettare se non col consenso del curatore e col beneficio dell'inventario. Art. 931.

Le eredità devolute ai corpi morali non possono essere accettate che coll'autorizzazione del governo da accordarsi nelle forme stabilite da leggi speciali.

Esse non possono essere accettate se non col beneficio dell'inventario secondo le forme stabilite dai rispettivi regolamenti. Art. 932.

§ II.

Della rinunzia

158. Non è erede chi non vuole. Chi non vuole essere erede rinunzia alla eredità. La rinunzia estingue il diritto di accettare. La estinzione di un diritto non si presume, ma deve risultare da un fatto certo ed innegabile, cioè da una dichiarazione solenne del rinunziente nel modo che la legge determina, cioè presso la cancelleria della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione sopra un registro tenuto all' uopo (1).

159. Gli effetti della rinunzia sono:

1.° L'erede che rinunzia è considerato come se non fosse stato mai erede. Però come il legatario non è erede, colui che rinunzia alla eredità, può reclamare i legati a lui fatti (2).

2.° Nelle successioni legittime la parte del rinunziente si accresce ai suoi coeredi, e, se è solo si devolve al grado susseguente (3). Nelle testamentarie si devolve ai coeredi ed agli eredi legittimi secondo le regole che determinano la teoria dell' accrescimento (4).

3.° La rinunzia è di ostacolo alla rappresentazione. Non si suc-

(1) La rinunzia ad una eredità non si presume.

Essa non può farsi che con una dichiarazione presso la cancelleria della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione, sopra un registro tenuto all' uopo. Art. 944.

(2) Chi rinunzia alla eredità è considerato come se non vi fosse mai stato chiamato.

La rinunzia però non lo esclude dal poter chiedere i legati a lui fatti. Art. 945.

(3) Nelle successioni legittime la parte di colui che rinunzia, si accresce a' suoi coeredi; se è solo, la successione si devolve al grado susseguente. Art. 946.

(4) Nelle successioni testamentarie la parte del rinunziente si devolve a' coeredi od agli eredi legittimi, come è stabilito negli articoli 880 e 883. Art. 948.

cede mai rappresentando l'erede che ha rinunciato; e se il rinunziante è il solo del suo grado, o se tutti i coeredi vi rinunziano, subentrano i figli del rinunziante per diritto proprio, e quindi succedono per capi (1).

160. Bisogna distinguere rappresentazione, passaggio, e trasmissione di diritti. Si rappresenta un diritto che altri aveva; si trasmette un diritto acquistato ma non ancora attuato; vi è passaggio di un diritto quando colui che vien dopo l'acquista perchè un altro l'ha rinunciato. Chi rinunzia ad un diritto non lo ha più. Chi rappresentasse il rinunziante raccoglierebbe il nulla. I figli di colui che ha rinunciato alla eredità del padre suo, succedono all'avo come eredi legittimi di secondo grado, non come rappresentanti del padre loro.

161. La rinunzia affranca il rinunziante dagli obblighi ereditari, ma lo priva altresì di tutti i diritti. Il diritto considerato come un mezzo di attuazione dello scopo umano è un bene. I beni del debitore sono la garentia dei creditori. Una rinunzia ad un diritto interessa i creditori in quanto che essi perdono altrettanto sulla entità del loro diritto di garentia. Una rinunzia può esser consigliata dalla frode, ossia dall'animo di far pregiudizio ai creditori. È giusto che questi abbiano un modo di scongiurarne gli effetti. Essi possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettare l'eredità in nome e luogo del debitore. Ma con tutto ciò essi non possono costringere il debitore ad essere erede. Questo diritto sarebbe eccessivo, sorpasserebbe la ragione che lo giustifica, sarebbe un abuso. I creditori non possono più di quello che è richiesto per la garentia del loro diritto, quindi la rinunzia è annullata, ma il rinunziante non è erede, i suoi creditori prendono il luogo di lui, assumono i suoi diritti, ma sino alla concorrenza dei

(1) Nessuno succede rappresentando un erede che abbia rinunciato: se il rinunziante è il solo erede nel suo grado o se tutti i coeredi rinunziano, subentrano i figli per diritto proprio o succedono per capi. Articolo 947.

loro crediti (1). È ben inteso che questa accettazione della eredità in luogo e vece del debitore, giustificata dalla garanzia dovuta ai creditori, vien meno quando essi si trovano sufficientemente garantiti dal patrimonio dell'erede. La garanzia si misura dalla solvibilità del debitore. Se il debitore è per sua condizione solvibile, se un successibile o un terzo qualunque garentisse i suoi debiti, i creditori non potrebbero ottenere l'autorizzazione ad accettare l'eredità per lui. Autorizzati ad accettare, accettata l'eredità essi rappresentano l'erede in tutte le sue ragioni, ma la loro qualità cessa con la soddisfazione dei loro crediti.

162. La facoltà di accettare una eredità dura trent'anni. Chi rinunzia alla eredità non fu mai erede. L'accettazione di una eredità è irrevocabile: *semel heres semper heres*, ma la rinunzia all'eredità può rinvocarsi a due condizioni:

1.° Che l'eredità sia giacente, cioè che non sia stata ancora accettata da altri coeredi;

2.° Che il diritto di accettare non sia prescritto pel decorso di trenta anni.

Questa accettazione però non può arrecare alcun pregiudizio al diritto acquisito dai terzi sopra i beni dell'eredità, tanto in forza della prescrizione, quanto di atti validamente fatti col curatore della eredità giacente (2).

(1) I creditori di colui che rinunzia ad un'eredità in pregiudizio dei loro diritti, possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla in nome e luogo del loro debitore.

In questo caso la rinunzia è annullata non in favore dell'erede che ha rinunziato, ma solamente a vantaggio de' suoi creditori e per la concorrenza de' loro crediti. Art. 949.

(2) Sino a che il diritto di accettare un'eredità non sia prescritto contro gli eredi che vi hanno rinunziato, questi possono ancora accettarla quando non sia già stata accettata da altri eredi, senza pregiudizio però delle ragioni acquistate da terzi sopra i beni dell'eredità tanto in forza della prescrizione, quanto di atti validamente fatti col curatore dell'eredità giacente. Art. 950.

463. Il diritto di accettare o rinunciare è soggetto come ogni altro alla prescrizione. La prescrizione di un diritto influisce sull'altro ma con effetti opposti. La prescrizione del diritto di accettare convalida la rinuncia, la prescrizione del diritto di rinuncia verifica l'accettazione. Il morto impossessa il vivo. **Tizio** è erede di diritto finchè non rinuncia, ma se fra 30 anni non rinuncia egli è erede di fatto, e non potrebbe più non essere erede.

La prescrizione della rinuncia verifica l'accettazione. **Tizio** ha rinunciato all'eredità, ma potrebbe ancor divenire erede accettando l'eredità giacente. Ma se non accetterà fra 30 anni, non potrebbe più divenire erede: la prescrizione dell'accettazione convalida la rinuncia.

464. Questa perplessità di accettare o rinunciare una eredità, lasciando l'eredità giacente ossia senza una rappresentanza, può tornare pregiudizievole a coloro che hanno dei diritti da sperimentare sulla eredità. Fa d'uopo garantire a ciascuno il suo diritto. Quindi ai terzi il diritto di compellere l'erede ad accettare o rinunciare; agli eredi un termine per deliberare sul loro tornaconto. Questo termine si assegna dal magistrato. Elaso inutilmente il termine assegnato la eredità si avrà per ripudiata (1).

465. Però se l'erede si trova nel possesso reale dei beni ereditari per un titolo qualunque, la posizione dei terzi è ancor più difficile per quanto è più comoda quella degli eredi. La legge abborre le posizioni equivocate. L'erede in possesso, conosciuta la sua qualità di erede, non può simulare il suo possesso ad altro titolo per godere dei beni senza assumere la qualità di erede, quindi decorsi tre mesi dall'apertura della successione, o dalla notizia della devoluta eredità, è considerato di diritto erede puro e semplice. Per e-

(1) Se però un erede testamentario o legittimo è chiamato in giudizio da chi ha interesse verso l'eredità per costringerlo a dichiarare, se accetti o rinunci l'eredità stessa, l'autorità giudiziaria stabilirà un termine per tale dichiarazione; decorso questo termine senza che siasi fatta la dichiarazione, l'eredità si intende ripudiata. Art. 951.

vitare questa qualità, pria del decorrimento del termine, deve dichiarare di volersi avvalere del beneficio dell'inventario (1).

166. Chi intende rinunciare all'eredità deve tenersi assolutamente estraneo da essa. Immischiarsi nell'eredità vale accettazione tacita, sottrarre o nascondere effetti ereditari è più che immischiarsi nell'eredità, è cercar vantaggio a danno altrui, appropriarsi dei beni senza responsabilità, quindi contro di essi non solo si presume l'accettazione della eredità, ma l'accettazione pura e semplice con la decadenza dal diritto di rinunziarla (2).

167. Rinunziare ad un diritto suppone la esistenza del diritto, rinunziare la eredità suppone una successione già aperta. La successione di un uomo si apre con la morte di lui, quindi non vi è eredità di uomo vivente. Ove manca l'obbietto del diritto non vi può esser diritto, dove non vi è diritto non può esservi nè rinunzia, nè alienazione di diritto.

Non si può nemmeno nel contratto di matrimonio rinunziare all'eredità di una persona vivente, nè alienare i diritti eventuali che si potrebbero avere a tale eredità. Art. 954.

L'eredità di uomo vivente era nota nel diritto Longobardo, derivazione germanica trasportata in Italia. I Longobardi trasmettevano la loro eredità per **thingem coram Gisselibus**, e l'atto era irrevocabile meno per sopravvenienza di figli o per ingratitudine. Si trasferiva però con la **thinx** la proprietà ritenendo l'usufrutto.

(1) Non ostante ciò che è stabilito negli articoli precedenti, i chiamati all'eredità che si trovano nel possesso reale dei beni ereditari, perdono il diritto di rinunziarvi, decorsi tre mesi dall'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità, se non si sono conformati alle disposizioni circa il beneficio dell'inventario, e sono riputati eredi puri e semplici, ancorchè opponessero di possedere tali beni ad altro titolo. Art. 952.

(2) Gli eredi che hanno sottratti o nascosti effetti spettanti all'eredità, decadono dalla facoltà di rinunziarvi, e restano eredi puri e semplici non ostante la loro rinunzia. Art. 953.

La rinunzia all'eredità dell'uomo vivente ebbe impero nelle provincie meridionali. Si dava alle donne una dote come più riusciva di assottigliarla, e si faceva rinunziare non solo all'eredità dei genitori ma alle **averne zierne fraterne** come allora si diceva. Per moderare l'abuso che nasceva dalle inconsulte rinunzie spesso imposte come condizione di un matrimonio contrastato ad arte, si ritenne la invalidità di tali rinunzie quando non fossero confermate o ratificate dalla donna già maritata. Avvenne così che alla facilità di rinunziare corrispose la facilità di revocare. S'introdusse allora la **cautela di Maranta** così detta dal suo autore Roberto Maranta. Il marito si obbligava sopra i propri beni di rivalere i fratelli della moglie dei danni interessi, qualora esso o i figli non rispettassero la rinunzia fatta alla eredità nei contratti matrimoniali. Il medio evo era colmo di tali anomalie. La cavalleria sublimava la donna al più alto grado ed al più eminente posto sociale, la curia cercava tutt'i modi come abbassarla.

§ III.

del beneficio dell'inventario, de' suoi effetti e delle obbligazioni dell'erede beneficiato

168. L'erede beneficiato è l'erede che accetta col beneficio dell'inventario. Erede puro e semplice è colui che accetta la eredità senza riserba. La condizione dell'uno è differentissima da quella dell'altro. L'erede puro e semplice confonde nella sua personalità due patrimoni, il proprio e quello dell'eredità. Egli assume coi diritti della persona a cui succede tutti gli obblighi, in una parola l'**attivo** e **passivo** ereditario gli diviene proprio. L'erede beneficiato assume tutto l'**attivo** ereditario, ma assume il **passivo** sino alla **concorrenza** di ciò che **prende**. Il suo patrimonio resta distinto da quello del defunto. (1).

(1) L'effetto del beneficio dell'inventario consiste nel dare all'erede questi vantaggi:

Che non sia tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati ol-

Interessa dunque ai terzi conoscere la condizione dell'erede. L'erede ha obbligo di dichiararsi, e la sua dichiarazione dev'esser pubblica e resa di pubblica ragione per mezzo del giornale degli annunzi (1).

169. Il beneficio dell'inventario è opera della legge, e non vi è alcuno che possa ostacolarne il godimento, neanche la volontà del testatore tutto che imponga l'accettazione pura e semplice come condizione delle sue largizioni. Tal condizione sarebbe inefficace (2).

170. I coeredi possono dissentire sulla maniera di accettazione. Il dissenso tra loro si risolve con l'accettazione benefiziata ed in caso siffatto la dichiarazione fatta da uno basta per tutti (3).

171. Scopo dell'accettazione benefiziata è la separazione dei patrimoni: mezzo indispensabile l'inventario, quindi dichiarazione ed inventario si completano a vicenda come condizioni dell'eredità benefiziata. Poco monta che l'uno preceda l'altro o viceversa (4).

tre il valore dei beni a lui pervenuti, e possa liberarsi col cedere tutti i beni dell'eredità ai creditori ed ai legatari;

Che non sieno confusi i suoi beni propri con quelli dell'eredità, e che gli sia conservato contro la medesima il diritto di ottenere il pagamento dei suoi crediti. Art. 958.

(1) La dichiarazione di un erede, che egli non intende di assumere questa qualità, se non col beneficio dell'inventario, debb'essere fatta nella cancelleria della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione, ed iscritta nel registro destinato a ricevere gli atti di rinunzia.

Tale dichiarazione entro un mese successivo sarà per cura del cancelliere trascritta all'ufficio delle ipoteche del luogo in cui si è aperta la successione, ed inserita per estratto nel giornale degli annunzi giudiziari. Art. 955.

(2) L'erede può valersi del beneficio dell'inventario, non ostante qualunque divieto del testatore. Art. 956.

(3) Se tra più eredi taluno vuole accettare l'eredità col beneficio dell'inventario ed altri senza, l'eredità deve essere accettata col detto beneficio.

In questo caso basta che un solo faccia la dichiarazione. Art. 958.

(4) La dichiarazione suddetta non produce effetto se non è preceduta

172. Però l'erede che si trova nel possesso reale dell'eredità deve farlo entro tre mesi dall'apertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità. Principiato l'inventario entro i tre mesi e non potendosi in tal termine compire, può ottenere dal pretore proroga di altri tre mesi, ed anche maggiore in caso di gravissime circostanze, ma se non l'avesse principiato nel termine di tre mesi e compiuto nel termine istesso o nel prorogato, la legge lo considera come erede puro e semplice (1). Compiuto l'inventario l'erede ha 40 giorni per deliberare sull'accettazione o rinunzia, ma trascorso questo termine senza che abbia deliberato la legge lo ritiene erede puro e semplice (2). L'aspettazione dei terzi interessati sul patrimonio dell'eredità non può esser lasciata per più lungo tempo in tolleranza.

L'erede, che non è in possesso dell'eredità, e che non si è ingerito in essa, se vien compulso come erede da qualche istanza, avrà dall'autorità giudiziaria il termine per fare l'inventario e deliberare. Se non è compulso può giovare di tutti i 30 anni che la legge accorda per l'accettazione dell'eredità (3). Quando nessuno si

o susseguita dall'inventario dei beni dell'eredità nelle forme determinate dal codice di procedura civile e nei termini stabiliti in appresso. Art. 957.

(1) L'erede che si trova nel possesso reale dell'eredità, deve fare l'inventario entro tre mesi dal giorno dell'aperta successione o della notizia della devoluta eredità. Ove entro questo termine lo abbia cominciato ma non possa compirlo, ricorrendo al pretore del luogo dell'aperta successione, può ottenere una proroga che non ecceda però altri tre mesi, salvo che si rendesse necessario un termine maggiore per particolari gravi circostanze. Art. 959.

Ove l'erede non abbia nei tre mesi cominciato l'inventario, o non lo abbia compiuto nel termine medesimo od in quello pel quale avesse ottenuto la proroga, s'intende che abbia accettata puramente e semplicemente l'eredità. Art. 960.

(2) Compiuto l'inventario, l'erede che non abbia ancora fatta la dichiarazione a norma dell'articolo 955, ha un termine di quaranta giorni da quello del compimento dell'inventario medesimo per deliberare sull'accettazione o rinunzia dell'eredità, trascorsi i quali senza che abbia deliberato, si ha per erede puro e semplice. Art. 961.

(3) Qualora si tratti di erede il quale non sia nel possesso reale del-

affaccia a pretendere quella eredità, quando nessuno reclama diritti sui beni ereditari la legge non ha ragione di preoccuparsene, ammeno che quando il patrimonio ereditario non sia in abbandono, nel quale caso provvede per la sua conservazione come tra poco diremo. Si è detto che per i minori, gl' interdetti e per gl' inabilitati l' accettazione dell' eredità è necessariamente benefiziata. Ma come la mancanza d' inventario importa decadenza dal beneficio dell' inventario, l' istessa ragione che ha consigliato per tali esseri incapaci di azione l' eredità benefiziata necessariamente, sostiene la convenienza di accordar loro un termine speciale per la compilazione dell' inventario. Questo termine è di un anno dal giorno in cui avranno acquistato o ripreso la loro capacità di azione (1).

173. Dal principio testè enunciato che dichiarazione ed inventario si completano a vicenda per la condizionalità di erede benefiziato, ne nasce che; durante i termini concessi per fare l' inventario e per deliberare, colui che è chiamato alla successione non è tenuto ad assumere la qualità di erede. Egli è però considerato come **curatore** di diritto della eredità, ed in tale qualità può essere chiamato in giudizio per rappresentarla e rispondere alle istanze contro la medesima proposte; se non comparisce, l' autorità giudiziaria nominerà un curatore all' eredità perchè la rappresenti in tale giudizio.

Durante i termini concessi per fare l' inventario e per deliberare,

l' eredità nè siasi in essa ingerito, ove siano proposte istanze contro di lui, i termini sopra stabiliti per fare l' inventario e per deliberare non cominciano a decorrere che dal giorno, che sarà fissato dall' autorità giudiziaria.

Ove poi contro di lui non si propongano istanze, egli conserva sempre il diritto di fare l' inventario, finchè il tempo per accettare non sia prescritto. Art. 962.

(1) I minori, gli interdetti e gli inabilitati non s' intendono decaduti dal beneficio dell' inventario, se non al compimento dell' anno successivo alla loro maggiore età, od alla cessazione dell' interdizione o dell' inabilitazione, qualora entro tal termine non si siano conformati alle disposizioni del presente paragrafo. Art. 963.

colui che è chiamato alla successione, non è tenuto ad assumere la qualità di erede.

Egli è però considerato curatore di diritto dell'eredità, ed in tale qualità può essere chiamato in giudizio per rappresentarla e rispondere alle istanze contro la medesima proposte. Ove non compaia, l'autorità giudiziaria nominerà un curatore all'eredità perchè la rappresenti in tale giudizio. Art. 964.

Notate che questo chiamato all'eredità in tal caso rappresenta l'eredità non il defunto è un curatore non un erede, quindi ha gli obblighi di un curatore non di un erede, e perciò:

Se si trovano nell'eredità oggetti, che non si possono conservare o la cui conservazione importa grave dispendio, l'erede può, durante i detti termini, farsi autorizzare a venderli nel modo che l'autorità giudiziaria stima più conveniente, senza che da ciò si possa indurre che egli abbia accettata l'eredità. Art. 965.

Se l'erede rinunzia all'eredità prima della scadenza de' termini sopra stabiliti o prorogati, le spese da lui fatte legittimamente fino alla rinunzia sono a carico dell'eredità. Art. 966.

È chiaro che rappresentando l'eredità, ciò che spende nell'interesse dell'eredità deve andare a carico della stessa.

Però:

L'erede, colpevole di avere scientemente e con mala fede omissso di descrivere nell'inventario qualche effetto appartenente all'eredità, decade dal beneficio dell'inventario. Art. 967.

Come sempre, questa scienza, questa mala fede non si presuma, ma debbono essere dimostrate da colui che l'eccepisce.

174. L'erede beneficiario di cui sopra abbiamo cennato i benefici assume tutto l'attivo e passivo ereditario, quello senza limitazione, questo sino alla concorrenza del valore ereditato. Egli deve tenere e conservare questo patrimonio per soddisfare i diritti dei creditori e dei legatari sino alla capienza. Egli è un amministratore, ma

un amministratore destinato ad esser proprietario di ciò che potrà avanzare esantriti i debiti ed i legati. Da ciò le conseguenze:

1.° Egli è obbligato a dar conto (1).

2.° Egli non è responsabile che delle colpe gravi nella sua amministrazione (2).

3.° Egli non può vendere beni immobili o mobili ereditari se non nei casi e modi di un amministratore qualunque. Quanto ai mobili però questa inalienabilità dura cinque anni dal giorno dell' accettazione col beneficio dell' inventario. È noto che i mobili deperiscono e che sono infruttuosi: trattandosi di un patrimonio da conservare per le pretensioni dei creditori o dei legatari, delle due l' una; o la vendita si considera necessaria ed utile fra i cinque anni, ed allora siano mobili, siano immobili la vendita può farsi con l' autorizzazione giudiziaria e nelle forme stabilite dalla legge nel codice di procedura; o la vendita dei mobili non si considera necessaria, ed allora basta conservarli per cinque anni alle possibili eventualità dei pretendenti. Dopo i cinque anni la convenienza o meno di venderli è lasciata alla prudenza dell' erede con beneficio d' inventario. Dispensato in tal caso dalle formalità della vendita, egli può venderli liberamente (3).

(1) L' erede con beneficio d' inventario ha l' obbligo di amministrare i beni ereditari o di render conto della sua amministrazione ai creditori ed ai legatari.

Non può esser costretto al pagamento coi propri beni, cho dopo esser stato posto in mora a presentare il suo conto, e quando non abbia ancora soddisfatto a questa obbligazione.

Dopo la liquidazione del conto non può essere astretto al pagamento co' suoi beni, che fino alla concorrenza delle somme di cui sia debitore. Art. 969.

I creditori e i legatari possono far assegnare un termine allo erede per il rendimento del conto. Art. 971.

(2) L' erede con beneficio d' inventario non è obbligato che per le colpe gravi commesse nell' amministrazione di cui è incaricato. Art. 970.

(3) L' erede decade dal beneficio dell' inventario, se vende i beni immobili dell' eredità senza l' autorizzazione giudiziale o senza le forme stabilite dal codice di procedura civile. Art. 973.

L' erede decade parimenti dal beneficio dell' inventario, se vende i

4.° Come amministratore egli può essere obbligato a dar cauzione a favore dei creditori od altri aventi interesse. E qui fa d'uopo distinguere creditori ipotecari, ossia coloro che hanno garantiti i loro crediti con ipoteca sui beni ereditari, e creditori semplici, chirografari, ossia con titolo, ma senza garentia ipotecaria. Tutti questi creditori han diritto ad esser pagati sui beni ereditari quantunque con grado diverso, cioè con diritto di uno ad escluder l'altro secondo le regole che saranno sviluppate altrove. Ma beni ereditari sono i mobili e se questi si vendono, il prezzo di essi; beni ereditari sono gl'immobili, i loro frutti, il prezzo che se ne ricava. Or questo prezzo, questi frutti costituenti garentia dei creditori sono nelle mani dell'erede beneficiato come amministratore, e possono servir di fondo al pagamento dei creditori. Costoro hanno diritto di esigere dall'amministratore idonea cauzione per questi frutti e per quel prezzo che potesse sopravanzare al pagamento dei creditori ipotecari, ed in caso che l'erede con beneficio d'inventario non la prestasse, gl'interessati potranno provocare dall'autorità giudiziaria quei provvedimenti che saranno creduti opportuni per la sicurezza delle loro ragioni (1).

5.° Come amministratore e conservatore dei cespiti ereditari a favore dei creditori e dei legatari, l'erede con beneficio d'inventario rappresenta direi così un cassiere che a cassa aperta paga tutti i titoli al latore. La massa dei creditori è invitata a presentarsi mercè la trascrizione della dichiarazione di accettazione di eredità nell'ufficio d'ipoteche, ed

beni mobili dell'eredità senza l'autorizzazione giudiziale o senza osservare le forme stabilite dal codice di procedura civile, prima che siano decorsi cinque anni dalla dichiarazione di accettazione col beneficio dell'inventario: dopo questo termine può vendere i beni mobili senza alcuna formalità. Art. 974.

(1) Se lo richiedono i creditori od altri aventi interesse, l'erede deve dare idonee cautele pel valore de' beni mobili compresi nell'inventario, per i frutti degli immobili e per il prezzo de' medesimi, che potesse sopravanzare al pagamento dei creditori ipotecari: quando non le dia, l'autorità giudiziaria provvederà per la sicurezza degli interessati. Art. 975.

inserzione sul giornale degli annunci fatta a norma dell'articolo 935 quando la dichiarazione ha preceduto l'inventario, e dal compimento di questo quando fu preceduto dalla dichiarazione. Da questi due tempi decorre un mese durante il quale tutti i creditori ed interessati han diritto d'inibire l'erede con beneficio d'inventario a fare pagamenti quali che siano. L'erede ricevuta la notificazione di tale opposizione, diviene un sequestratario giudiziario dei beni ereditari, quindi non può pagare che secondo l'ordine ed il modo determinati dall'autorità giudiziaria. Se non vi sono opposizioni in tal termine l'erede con beneficio paga i creditori e legatari a misura che si presentano (1). Il creditore che non ha prodotto opposizione e si presenta quando l'asse ereditario è già esaurito, non ha nulla a pretendere dall'erede con beneficio d'inventario, e potrà solo rivolgersi contro i legatari con azioni di regresso, la quale però si prescrive col decorso di tre anni a contare dall'ultimo pagamento (2). Quest'azione è legittima imperocchè i legatari raccolgono l'asse ereditario che non può intendersi tale se non fatta deduzione dei debiti. D'altronde ciascuno dev'essere diligente nell'esercizio dei suoi diritti, e non deve lasciare per lungo tempo sospese le condizioni giuridiche e l'esercizio dei diritti altrui, in attenzione dello esperimento del suo diritto prevalente. Un creditore che sa es-

(1) Se all'erede sono notificate opposizioni per parte di un creditore o di altro interessato, egli non può pagare che secondo l'ordine ed il modo determinati dall'autorità giudiziaria.

Se non vi sono opposizioni, decorso un mese dalla trascrizione ed inserzione di cui è cenno nell'articolo 935, ovvero dal compimento dell'inventario quando la detta pubblicazione sia stata anteriore, l'erede paga i creditori ed i legatari a misura che si presentano, salvi però i loro diritti di poiorità. Art. 976.

(2) I creditori non opponenti, i quali si presentano dopo esausto l'asse ereditario nel soddisfacimento degli altri creditori e dei legatari, hanno soltanto regresso contro i legatari.

Quest'azione si estingue col decorso di tre anni da computarsi dal giorno dell'ultimo pagamento. Art. 977.

sersi aperta la successione del suo debitore, che dagli avvisi giudiziari apprende essersi aperto un termine in cui ogni interessato può affacciarsi con una opposizione affine d'impedire la libera concorrenza, e con tutto ciò non si oppone nè si presenta a tempo, egli ha il torto dell'indolenza. E pure gli resta un'azione di regresso per tre mesi dall'ultimo pagamento. Indolente, trascurato ancora, subisce la forza dei fatti compiuti.

175. Questi doveri dell'erede con beneficio d'inventario non sono sforniti di sanzione. La decadenza del beneficio è sancita contro di lui: se non fa o non compie l'inventario nei termini stabiliti (art. 960) — se non fa la sua dichiarazione nel termine di quaranta giorni (art. 964) — se si rende colpevole di omissione di cespiti nell'inventario (articolo 967) — se vende i beni immobili ereditari senza autorizzazione giudiziale e senza le forme legali (art. 973) — e se vende i mobili ereditari senz'autorizzazione e senza le forme legali nei primi cinque anni dall'accettazione (art. 974).

176. L'apposizione dei sigilli, l'inventario, il conto son tutte operazioni che tendono a garantire l'eredità nell'interesse di tutti coloro che possono avervi diritto, quindi sono a carico dell'eredità (1), per l'opposto quelle erogate per sostenere una lite senza un plausibile fondamento sono a carico dell'erede (2).

177. L'erede chiamato alla successione se è un legittimario, quando non accetta col beneficio d'inventario assume l'obbligo di pagare i legatari ed i donatari, ma costoro non possono invadere altro campo che quello della disponibile. Il riserbatario leso nella sua legittima ha il diritto di far ridurre le donazioni ed i legati (3). Questa disposizione è una novità del codice Italiano. Il codice Napole-

(1) Le spese dell'apposizione de' sigilli, dell'inventario e del conto sono a carico dell'eredità. Art. 978.

(2) L'erede che ha sostenuto lite senza plausibile fondamento, deve essere condannato in proprio nelle spese. Art. 979.

(3) L'erede a cui è dovuta la legittima, quantunque non abbia ac-

tano nell' articolo 722 imponeva al riservatario l' obbligo dell' inventario per conservare l' inviolabilità della sua legittima, ed il codice Albertino nell' articolo 1026 era uniforme al Napolitano. La ragione di questo sistema si ripeteva da che confondendosi con l' accettazione dell' eredità pura e semplice i patrimoni, il riserbatario non aveva modo di far liquidare la quota di riserba. Il codice italiano ha ritenuto la legittima come un peso dell' eredità, come un diritto inviolabile da non poter venir meno in qualunque caso, e non permette ch' esso possa sparire nella confusione dei patrimoni operata dall' accettazione pura e semplice.

§ IV.

dell' eredità giacente

178. Quando l' erede non sia noto, o gli eredi legittimi o testamentari abbiano rinunciato l' eredità vi ha un patrimonio senza soggetto, una eredità che giace abbandonata, e dicesi **eredità giacente**. La legge accorre, e la provvede di un curatore che la conservi e l' amministri, in attenzione che taluno venga a reclamarla, e risponda intanto alle istanze che contro la stessa verranno proposte.

Quando l' erede non sia noto, o gli eredi testamentari o legittimi abbiano rinunciato, l' eredità si reputa giacente, e si provvede all' amministrazione o conservazione dei beni ereditari per mezzo di un curatore. Art. 980.

Il curatore è nominato dal pretore del mandamento in cui si è aperta la successione, sull' istanza delle persone interessate o anche d' ufficio.

Il decreto, col quale si nomina il curatore, sarà pubblicato per estratto a cura del cancelliere nel giornale degli annunzi giudiziari. Articolo 981.

Il curatore è tenuto a far procedere all' inventario dell' eredità, ad esercitarne e promuoverne le ragioni, a rispondere alle istanze proposte

ettato col beneficio dell' inventario, può far ridurre le donazioni ed i legati fatti a' suoi coeredi. Art. 972.

contro la medesima, ad amministrarla, a versare nella cassa dei depositi giudiziari il danaro che vi si trovasse e si ritraesse dalla vendita dei mobili o degli immobili, e da ultimo a rendere conto della sua amministrazione. Art. 982.

Le disposizioni del § III di questa sezione, riguardanti l'inventario, il modo di amministrazione, e il rendimento dei conti per parte dell'erede con beneficio d'inventario, sono comuni ai curatori delle eredità giacenti. Art. 983.

SEZIONE III.

della divisione

179. Il compimento del processo successorio è la divisione della eredità fra tutti coloro che vi hanno diritto. Il principio di libertà ed eguaglianza campeggia dominante in tutta la teoria della divisione. L'eredità è un patrimonio comune a tutti gli eredi. Ciascuno è libero di sciogliersi dalla comunione. Ciascuno deve prendere la parte che corrisponde al suo diritto. Mezzo di attuazione è la divisione.

180. Nel processo di divisione si possono distinguere quattro stadi, cioè: l'istanza di divisione — la formazione della massa — la divisione — la rescissione.

181. Un patrimonio è lasciato dal defunto ai suoi eredi. Ognuno di essi è proprietario della sua quota dal momento dell'apertura della successione e può liberamente disporre. Questa libera disposizione è ostacolata dallo stato in massa del patrimonio ereditario. Necessità di dividerlo perchè l'esercizio del diritto di proprietà sia possibile nella sua massima espressione la libera disposizione dei beni, principio cardinale del sistema legislativo. Da ciò la conseguenza enunciata dalla massima, **si può sempre domandare la divisione della eredità non ostante qualunque divieto del testatore.**

Alle volte la comunione è un utile: la legge non vuole di meglio che la onesta utilità dei cittadini. Però non tollera che le sue disposizioni siano eluse dalla malizia umana. La legge abborre la comunione perchè inceppa il movimento della proprietà: benefica, am-

mette eccezioni e permette in taluni casi la comunione: previgente, preclude la via alle collusioni, e limita a dieci anni la comunione convenzionale (Art. 681). Questa comunione è un contratto. Il testatore non contratta coi suoi eredi, quindi non può imporre loro la comunione. Ma se tra i coeredi vi siano minori o tutti sian tali, niuno meglio di lui può provvedere all'amministrazione economica della sua famiglia, e prevedendo utile la indivisione può imporla per un tempo determinato. La legge soccorre alla volontà del testatore, e permette la indivisione fino a che sia trascorso un anno dalla maggiore età dell'ultimo dei minori, salvo però all'autorità giudiziaria di scioglierla in vista di gravi ed urgenti circostanze (1). Fuori di questo caso niuno può ostacolare al coerede il diritto di domandare la divisione della eredità in massa, o di un cespite ereditario goduto separatamente da uno dei coeredi. Questo godente non potrebbe sottrarsi dagli effetti della istanza di divisione che in due modi: o dimostrando che il suo separato godimento mette capo in una divisione ereditaria già fatta — o che il suo diritto è coperto dal tempo cioè dalla prescrizione di trent'anni (2).

182. Dato a ciascuno degli eredi il diritto di domandare la divisione, se gli eredi son tutti maggiori la legge non s'impaccia affatto del modo com'essi procederanno ad un'amichevole divisione. Essa interviene soltanto nell'esistenza di minori ed in caso di disaccordo

(1) Si può sempre domandare la divisione dell'eredità nonostante qualunque divieto del testatore.

Ciò non di meno, quando tutti gli eredi istituiti o alcuni di loro sono minori di età, il testatore può proibire la divisione della eredità tra i medesimi fino a che sia trascorso un anno dalla maggiore età dell'ultimo. L'autorità giudiziaria tuttavia, ove gravi ed urgenti circostanze lo richiedano, può permetterla. Art. 984.

(2) Può domandarsi la divisione, quand'anche uno dei coeredi avesse goduto separatamente parte dei beni ereditari, salvochè si provi che la divisione fu fatta o che vi ha un possesso sufficiente ad indurre la prescrizione. Art. 985.

tra eredi maggiori. Per casi siffatti detta dei principii generali che servono per prevenire o derimere le possibili quistioni (1).

a. L'eredità è il patrimonio degli eredi. Tutti hanno diritto a tutto. Ciascuno può domandare la sua parte dei mobili ed immobili in natura. Ma un diritto prevalente sta di fronte al loro diritto, il diritto dei creditori che debbono essere pagati. Ora i cespiti che più si prestano a far denaro sono i mobili. I creditori hanno il diritto di domandarne la vendita, i coeredi medesimi possono concordamente volerla, la maggioranza dei coeredi può imporla. La vendita sia provocata dai creditori o dai coeredi non può farsi altrimenti che per incanto (2).

b. Quanto agl'immobili gli effetti della massina tutti hanno diritto su tutto, non possono essere ostacolati che dalla **indivisibilità** dei fondi, o dalla condizione di una **non comoda** divisione. In questi casi gl'immobili saranno venduti all'incanto. Questo incanto potrà esser **privato** tra coeredi maggiori, o **innanzi notaio** da loro eletto, **pubblico** cioè a libera concorrenza all'asta pubblica e coi patti e condizioni stabilite dall'autorità giudiziaria quando vi siano coeredi minori, o interdetti, o le parti tuttochè maggiori siano discordi (3).

(1) Se fra i coeredi non si possa convenire per una divisione amichevole, si osservano le regole seguenti. Art. 986.

(2) Ciascuno de' coeredi può chiedere in natura la sua parte de' beni mobili ed immobili dell'eredità. Nondimeno, se vi fossero creditori che avessero sequestrati i mobili o che vi si opponessero, o se il maggior numero dei coeredi ne giudicasse necessaria la vendita per il pagamento dei debiti e pesi ereditari, i mobili saranno venduti ai pubblici incanti. Art. 987.

(3) Se gli immobili non possono comodamente dividersi, se ne farà egualmente la vendita agli incanti giudiziali.

Quando però le parti sieno tutte in età maggiore e vi consentano, gli incanti possono seguire avanti un notaio eletto di comune accordo ed anche tra i soli condividenti. Art. 988.

I patti e le condizioni della vendita, quando non si concorrlino dai condividenti, si stabiliranno dall'autorità giudiziaria. Art. 989.

c. Una divisione qualunque suppone una somma da dividere, e questa somma si forma con l'addizione di tutti i valori dividendi. Per determinare questi valori occorre la **stima**, e per realizzarli occorre la **vendita** di quelle cose che non si possono o per natura o per convenienza dividere. Stima e vendita sono i preliminari di una divisione. Vien dopo il bisogno di liquidare a ciascuno il proprio diritto per attribuirgli la corrispondente parte dei valori dividendi. Questa liquidazione di diritto porta seco conti, conguagli, rimborsi che per avventura i coeredi si debbono tra loro, e per tutte queste operazioni è necessario un agente, e questo agente può essere un notaio eletto dalle parti ovvero nominato dal tribunale che può anche destinare uno dei suoi giudici (1).

d. Per formare la somma da dividere ciascuno dei coeredi conferisce ciò che ha precedentemente avuto, o ciò che deve (2). Questa **collazione**, di cui appresso spiegheremo la teoria, si fa in natura o in rappresentanza. Si fa in natura quando si mette in massa la cosa che si era precedentemente presa; si fa in rappresentanza quando si conferisce nominalmente il valore ritenendo la cosa. In tal caso l'eguaglianza si sostiene prelevando a favore dei coeredi una porzione eguale sulla massa della stessa natura qualità e bontà della cosa ritenuta (3), e quando fosse impossibile sostenere l'egua-

(1) Dopo la stima e la vendita, se ebbe luogo, dei mobili e degl'immobili, l'autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, rimettere le parti o avanti un giudice delegato, o avanti un notaio da esse eletto o nominato d'ufficio, quando esse non si accordino nella scelta.

Avanti al giudice delegato od al notaio si procede ai conti che i condividendi si dovessero rendere, alla formazione dello stato attivo e passivo dell'eredità e alla determinazione delle rispettive porzioni ereditarie e dei conguagli o rimborsi che si debbano tra loro i condividendi. Art. 990.

(2) Ciascuno dei coeredi, a norma delle regole stabilite in appresso conferisce tutto ciò che gli è stato donato e le somme di cui è debitore. Art. 991.

(3) Se la collazione non è fatta in natura, i coeredi ai quali è dovuta, prelevano una porzione eguale sulla massa ereditaria.

Questi prelevamenti, per quanto è possibile, si formano con oggetti

gianza nei prelevamenti con l'identità di cosa, si otterrà con l'equivalenza di valore (1).

183. Fatti i prelevamenti si è al terzo stadio della divisione cioè l'attribuzione a ciascun dividendo della parte corrispondente al suo diritto.

a. All'uopo, il dividendo si quotizza in porzioni eguali per quanti sono i capi e le stirpi (2) evitando lo smembramento dei fondi, e lo spostamento delle coltivazioni per quanto è possibile, e serbando sempre la eguaglianza materiale delle porzioni fin quanto si può (3). Questa quotizzazione può farsi da un coerede o da un perito eletto di consenso o destinato dal tribunale.

b. Fatte le quote ciascun coerede è ammesso a far reclamo contro la formazione di esse (4) ed in difetto di reclami si procede all'**assegno**. Questo assegno può farsi o col sistema del **sorteggio** o con quello di **attribuzione**. Quando i coeredi vengono in parti eguali l'assegno si fa per sorteggio. Quando non concorrono in parti eguali, l'autorità giudiziaria deciderà il modo come assegnare a ciascuno la sua parte o per sorteggio, o per attribuzione, sia in tutto sia in parte, adottando o l'uno o l'altro sistema esclusivamente o promiscuamente come meglio converrà (5).

della stessa natura qualità e bontà di quelli che non sono stati conferiti in natura. Art. 992.

(1) L'ineguaglianza in natura, nelle quote ereditarie si compensa con un equivalente o in rendite o in danaro. Art. 995.

(2) Fatti i prelevamenti, si procede sopra ciò che rimane in massa, alla formazione di tante parti eguali, quanti sono gli eredi o le stirpi dividendi. Art. 993.

(3) Nella formazione e composizione delle parti si deve evitare, per quanto sia possibile, di smembrare i fondi e di recare danno colla divisione alla qualità delle coltivazioni, e fare in modo che entri possibilmente in ciascuna quota la medesima quantità di mobili, immobili, diritti o crediti di eguale natura e valore. Art. 994.

(4) Prima di procedere all'estrazione delle quote, ciascun dividendo è ammesso a proporre i suoi reclami contro la formazione delle medesime. Art. 997.

(5) Le quote si formano da uno dei coeredi o da altra persona, se

c. Compiuto l'assegno ciascuno ha diritto di avere il suo titolo

Compiuta la divisione, si devono rimettere a ciascuno de' condividenti i documenti relativi ai beni o diritti particolarmente loro assegnati.

I documenti di una proprietà divisa rimangono a quello che ne ha la maggior parte, coll'obbligo però di comunicarli agli altri condividenti che vi abbiano interesse, ogni qualvolta ne venga richiesto.

I documenti comuni all'intera eredità si consegnano alla persona scelta a tal uopo da tutti gli eredi, la quale ha l'obbligo di comunicarli ai condividenti ad ogni loro domanda.

Se vi sia contrasto nella scelta, la persona verrà determinata dall'autorità giudiziaria. Art. 999.

184. Una divisione compiuta può esser rescissa. Sarebbe qui il luogo dello sviluppo della teoria della rescissione. Il codice la riserva alla sezione VII. La rimandiamo anche noi, perchè il rimando non turba il processo logico della materia.

185. Nel sistema romano si procedeva alla divisione come ora si procede, però il giudizio di divisione di eredità si considerava come un fatto di famiglia, e si volle garantirlo dagl' imbarazzi non solo ma dalle indiscrete intrusioni di estranee persone. La cessione di una quota ereditaria fatta da taluno dei coeredi ad un estraneo, dava a costui il diritto d'intervenire nel giudizio di divisione. I coeredi avevano il diritto di toglierlo di mezzo pagandogli il prezzo della cessione. Era questo il **retrato successorio** ch'ebbe origine dalla legislazione **mosaica**, la quale accordava al proprietario di un fondo

tutti concordano nella scelta o se colui che è stato eletto accetta la commissione: in caso contrario si formano da un perito nominato d'ufficio.

Lo quote vengono in seguito estratte a sorte. Se però gli eredi non concorrono in parti uguali, l'autorità giudiziaria decide se si debba procedere per estrazione o per attribuzione in tutto o in parte. Art. 996.

Le norme stabilite per la divisione delle masse da ripartirsi si osservano egualmente nelle suddivisioni tra le stirpi condividenti. Art. 998.

Nel rimanente o per quanto non sia provveduto nella presente sezione si osservano le norme stabilite nel titolo *Della comunione*. Articolo 1000.

il diritto di esser preferito ad ogni altro nell'acquisto in caso di vendita di un fondo **contiguo** al suo. Questo diritto di prelazione dicevasi **jus protimiseos, jus congrui, retractus**. I Romani l'adottarono distinguendolo in legale e convenzionale secondochè proveniva dalla legge o dall'uomo. Il diritto germanico lo riconosceva e **Federico Barbarossa** con la costituzione **sancimus** intitolata **de jure protimiseos** accordò il diritto di prelazione a tutti coloro che possedevano beni in comune o erano in qualunque modo congiunti, quando taluno di essi voleva vendere la sua quota. Le consuetudini napoletane ritennero il **jus congrui**, ma Ferdinando IV nel 27 gennaio 1789 abolì la costituzione **sancimus** ed il **jus congrui** delle consuetudini, e ritenne il diritto nei soli casi di condominio e per la contiguità dei predi sorretta dalla congiunzione di sangue per agnazione sino al terzo grado, e ne regolò la forma. Pare però che la coscienza pubblica non più tollerava questo inceppamento. Le liti furon tante che provocarono un decreto reale di abolizione generale di tutte le procedure pendenti. Un **dispaccio** del 1.º giugno 1792 interpretativo della legge del 1789 limitò il **jus congrui** alla sola vendita, esclusa ogni altra forma di alienazione.

Con la pubblicazione dei codici in Francia l'ultimo avanzo del **jus congrui** sparì, ma si ritenne il **retrato successorio** per garantire le divisioni di eredità dalla indiscretezza degli intrusi. Lo ritenne pure il codice Napolitano, lo aveva ritenuto **Pisanelli** nel progetto, ma in seno della Commissione coordinatrice attaccato da **Precerutti** e dal **Pallieri** cadde per sempre. La vecchia istituzione del **retrato successorio** non è più riconosciuta dal codice italiano.

SEZIONE IV.

della collazione e della imputazione

186. La collazione e l'imputazione sono i fattori della eguaglianza nel processo della divisione ereditaria. L'erede deve prendere una parte di eredità corrispondente al suo diritto. Se prece-

dentemente aveva preso qualche cosa, deve conferirla nella massa dividenda. Nulla di più giusto e razionale: se chi ha diritto di prendere dieci ha preso cinque, è chiaro che deve rimettere cinque per prender dieci, o ritenere cinque per prendere altrettanto a compimento di dieci. Ora rimettere in massa dicesi **collazione**, ritenere in conto dicesi **imputazione**. Entrambi servono al pareggio una col restituire, l'altra col ritenere a conto.

187. La collazione è di origine romana. In quel sistema successorio i figli emancipati non succedevano al padre. Il pretore riparò questa ingiustizia del **jus quiritum** con l'editto **unde liberi**. Il rimedio fu anch'esso una ingiustizia. Gli emancipati acquistavano per se, i figli sub potestate acquistavano pel padre. Nella divisione dell'eredità larvata collo specioso ritrovato del **possessione dei beni** dell'editto **unde liberi**, gli emancipati profittavano degli acquisti dei fratelli, incorporati o direi meglio assorbiti dall'asse paterno. Il Pretore corresse ancora questa ingiustizia, obbligando gli emancipati che si avvalevano dell'editto **unde liberi** a collazionare i propri acquisti. Surse così la **collazione** che la legislazione romana ha dato a tutti i codici.

188. Fattore di eguaglianza, la collazione ha luogo semprechè vi è bisogno di pareggiare una disuguaglianza nella posizione dei coeredi, prodotta da donazioni o vantaggi precedentemente accordati a favore di uno o più coeredi aventi eguale diritto.

189. Questa disuguaglianza non può verificarsi altrimenti che tra discendenti riservatari. Quando non vi è riserva non vi può essere disuguaglianza, quindi non vi è necessità di collazione. Questa è dovuta dal discendente erede al discendente coerede, quando concorrono 4 condizioni;

- 1.º Cosa ricevuta precedentemente;
- 2.º Qualità di riservatario;
- 3.º Concorrenza alla successione;
- 4.º Difetto di dispensa del testatore (1).

(1) Il figlio o discendente il quale venga alla successione, ancorchè

In massima quando le due qualità di **erede** e di **donatario** si cumulano in una stessa persona, la collazione è inevitabile tuttochè il testatore l'avesse dispensata, se non che essa sarà fatta a solo oggetto d'**integrare** la **massa** in taluni casi, ed in altri casi ad **integrare** la **riserva**.

Per bene intendere questa massima rimontiamo ai principii.

Disponibile e riserva son cose distinte; la **disponibile** è il fondo delle liberalità sotto forma di donazione o legato; la **riserva** è l'eredità sacra ed inviolabile per i riservatari. Il proprietario libero nella disposizione del disponibile può darlo a chi li piace sia riservatario, o un estraneo qualunque. Data ad un **estraneo** con atto **tra vivi**, il beneficiato è un **donatario** che ha nulla di comune con la eredità; data col **testamento** il beneficiato è un **legatario**. Il donatario ed il legatario nel sistema del codice non sono **eredi** quindi non sono tenuti alla collazione, fatto che riguarda l'eredità.

Data la disponibile ad un discendente con atto **tra vivi** il discendente è un **donatario** come ogni altro, data ad un discendente **col testamento** il discendente è un legatario come ogni altro. Or delle due l'una: questo discendente **donatario o legatario** aperta la successione accetta o rinunzia l'eredità. Se accetta, **cumula** in se due qualità: come donatario conserva la donazione, come erede prende la riserva. Quando disponibile e riserva stanno nella entità rispettiva, tutto è nell'ordine, nessun diritto è violato. Il defunto non ha ecceduto i suoi poteri: i riservatari illesi nella loro riserva non hanno diritto a chiedere ragione al testatore delle sue liberalità siano anche capricciose o mal collocate. Se non che per determinarsi la linea di confine tra la disponibile e la riserva, deve formarsi la **massa**, quindi il donatario o legatario **erede** deve collazionare la donazione o il legato. Se nella quotizzazione l'entità della disponi-

con beneficio d'inventario, insieme co' suoi fratelli o sorelle o loro discendenti, deve conferire a' suoi coeredi tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione sì direttamente come indirettamente, eccettuato il caso che il donante abbia altrimenti disposto. Art. 1001.

bile e della riserva risulterà in regola, il discendente donatario ed erede **riterrà** la donazione e **prenderà** la riserva. Se la donazione è in eccesso, il discendente donatario ed erede deve collazionare per rilasciare l'eccesso. Qualunque dispensa di collazione in questo caso sarebbe inefficace (1).

Se il discendente donatario o legatario rinuncia alla eredità, le qualità di donatario ed erede momentaneamente cumulate nella sua persona si **disgiungono**. Il discendente è donatario o legatario, **non erede**. La porzione legittima è quota di eredità, quindi il discendente ritiene la donazione o il legato, ma nulla prende dalla eredità a titolo di legittima. Essere e non essere è un impossibile e nella logica e nel diritto. Se non che per la **inviolabilità** della riserva, se la donazione o il legato **eccedono** la disponibile si deve restituire l'eccesso in via di riduzione (2).

Fermo il principio che la collazione è dovuta dal riservatario al riservatario ne viene di conseguenza:

4.° Che la collazione non è dovuta dall'erede per la donazione fatta al suo discendente. Il donatario discendente di secondo grado è escluso dalla successione dal discendente di primo grado. Il figlio, vivente suo padre non succede all'avo paterno. Fatto segno ad una liberalità da costui è un donatario estraneo alla successione. Suo padre che succede all'avo, ossia al proprio padre, nulla ha di comune con la donazione fatta al figlio suo, e quindi nulla deve conferire (3).

(1) Ancorchè il figlio o discendente fosse stato espressamente dispensato dall'obbligo di conferire, non può ritenere la donazione, se non fino alla concorrenza della quota disponibile; l'eccedente è soggetto a collazione. Art. 1002.

(2) L'erede che rinuncia alla successione, può tuttavia ritenere la donazione o domandare il legato a lui fatto fino alla concorrenza della porzione disponibile; ma non può ritenere o conseguire nulla a titolo di legittima. Art. 1003.

(3) Le donazioni fatte al discendente dell'erede sono sempre considerate come fatte colla dispensa dalla collazione.

L'ascendente che succede al donante, non è tenuto a conferirle. Articolo 1004.

2.° Il nipote che succede all'avo per ragione propria, non deve collazione ai coeredi per la donazione che avesse riportata suo padre, quando anche egli avesse accettata l'eredità di lui. È la medesima ragione della disposizione precedente. Questo nipote coerede coi suoi zii e zie **nomine proprio**, non viene alla eredità rappresentando suo padre donatario, quella donazione è fatta ad uno estraneo alla eredità, quindi nulla deve il nipote concorrente nomine proprio conferire nella massa per tal donazione. Ma se venisse all'eredità rappresentando suo padre, egli rappresenterebbe il donatario e l'erede, e quindi sarebbe tenuto a conferire la donazione riportata dal padre quando anche avesse rinunciato alla eredità di lui (1).

3.° Il coniuge erede non deve collazione per la donazione fatta al suo coniuge: deve però collazione per la donazione fatta ai cniugi **congiuntamente** e per quanto è la sua parte, per la quale si cumula in lui la qualità di erede e donatario (2).

190. Si conferisce tutto ciò che si è ricevuto dal defunto per donazione si direttamente che indirettamente (art. 1001): donazione significa liberalità, quindi negazione di dovere. Il padre non è obbligato a dotare la figlia, non è obbligato a costituire patrimonio ecclesiastico, uè procurare al figlio uffizio o collocamento, e molto meno a pagare i debiti di lui. Tutto ciò fatto indica liberalità, dunque soggetta a collazione. La perdita della dote non costituita con sufficienti cautele dal dotante non può essere imputata alla dotata. Essa non

(1) Parimente il discendente che succede per ragione propria al donante, non è tenuto a conferire le cose donate al suo ascendente, ancorchè ne avesse accettata l'eredità.

Ma se egli succede per diritto di rappresentazione, dove conferire ciò che fu donato all'ascendente, anche nel caso in cui ne avesse rinunciata l'eredità. Art. 1005.

(2) Le donazioni in favore del coniuge di un discendente sono riputate come fatte colla dispensa dalla collazione.

Se le donazioni sono state fatte congiuntamente a due coniugi, di cui uno solamente sia discendente dal donante, la sola porzione a questo donato è soggetta a collazione. Art. 1006.

puo rispondere della disaccortezza o negligenza altrui. Obbligata a conferire, è tutto quanto può pretendersi da lei cioè conferire l'azione verso il patrimonio del marito ch'è quanto sventuratamente le resta dalla liberalità ricevuta (1).

Il progetto senatorio del codice soggettava a collazione le spese fatte per **surrogazione militare**. In seno della commissione coordinatrice **Precerutti** propose la soppressione delle parole *surrogazione militare*, la commissione aderì, ma nel verbale si consacrò il concetto che la quistione di surrogazione militare è quistione di fatto anziché di diritto e quindi d'abbandonarsi alla giurisprudenza. La giurisprudenza fu da prima oscillante, oramai è concordata nella massima che la spesa per surrogazione militare è soggetta a collazione quando dalle circostanze di fatto risulta che la surrogazione si è fatta nell'**esclusivo interesse** e vantaggio del surrogato, vi è esente quando fu fatta nel **complessivo vantaggio della famiglia**.

Il mantenimento l'educazione la istruzione dei figli, le ordinarie spese per abbigliamento nozze e regali di uso, sono obbligazioni per un padre di famiglia sostenute dagli articoli 138, 142 del codice e da sentimenti naturali dell'animo compensati dalla gioia e dal compiacimento di vedere i figli figurare in società, di assistere e benedire le loro nozze, sentimenti che si esprimono con dei regali di abbigliamento, con spese erogate per la solennità delle nozze. Tali cose sono esenti da collazione (2) purchè siano spese ordinarie, proporzionate alla condizione economica della famiglia e non possono, tutto

(1) È soggetto a collazione ciò che il defunto ha speso per la dote e il corredo nuziale delle discendenti; per costituire al discendente il patrimonio ecclesiastico, per procurargli qualunque ufficio o collocamento, o pagarne i debiti.

Se il dotante ha pagata la dote al marito senza le sufficienti cautele, la figlia dotata è soltanto obbligata a conferire l'azione verso il patrimonio del marito. Art. 1007.

(2) Non si debbono conferire le spese di mantenimento, di educazione, di istruzione, e le ordinarie per abbigliamento, nozze e regali d'uso. Art. 1009.

considerato, ritenersi come un vantaggio indiretto e lesivo le ragioni degli altri.

Tutto ciò che un discendente guadagna per convenzione passata tra lui e l'ascendente non può considerarsi come vantaggio indiretto quando la convenzione non è fatta in frode, ma è l'effetto di quella libera azione che la legge garantisce al proprietario. La data e la pubblicità di tali convenzioni fanno presumere la lealtà e la legalità di esse. Condizioni essenziali di tali convenzioni sono la **società** contratta tra l'ascendente e l'erede, e la **data certa** del contratto. L'erede sostenuto da tali precedenti ha per se la presunzione di buona fede. La frode dovrebbe esser provata contro di lui (1), e salvo sempre quanto si è detto nell'articolo 811.

Per conseguenza di un principio di morale e di giustizia,

L'immobile che è perito per caso fortuito e senza colpa del donatario, non è soggetto a collazione. Art. 1012.

I frutti dei fondi, gl'interessi delle cose soggette a collazione si conferiscono con la cosa come accessori di essa. Ma se la collazione è fattore di eguaglianza fra i coeredi, se questa quantità da eguagliare si verifica al momento dell'apertura della successione;

I frutti e gli interessi delle cose soggette a collazione non sono dovuti, che dal giorno in cui si è aperta la successione. Art. 1013.

Si conferisce la donazione (art. 1001). Nel testamento non vi sono che eredi e legatari: dunque per massima tutto ciò che è lasciato per testamento non è soggetto a collazione. Il testatore può imporla, ma allora ha luogo per fatto dell'uomo non per fatto della legge. È noto che la legge rispetta nei testamenti tutto ciò che può

(1) Parimente non si conferiscono gli utili, che l'erede ha potuto conseguire da convenzioni fatte col defunto, purchè queste non contenessero alcun indiretto vantaggio al momento che vennero fatte. Art. 1010.

Non è pure dovuta collazione alcuna in conseguenza delle società contratte senza frode tra il defunto ed alcuno de' suoi eredi, se le condizioni sono state regolate con un atto di data certa. Art. 1011

farsi in fatto di successione senza offesa del sistema successorio ch'è di ordine pubblico.

Ma il legatario in massima non soggetto a collazione può essere un riservatario e legatario al tempo istesso. In tal caso la esclusione in massima vien meno, ed egli è obbligato a conferire per integrare la legittima per avventura violata. È già noto il modo d'integrare la legittima, cioè concorrono i legati da prima, quindi le donazioni, e fra i legatari prima quelli non dispensati da collazione, poi i dispensati, quindi i donatari dall'ultimo rimontando al primo.

Il legatario riserbatorio al tempo istesso non dispensato espressamente dalla collazione, semprechè si avvanza a pretendere integra la sua legittima, deve imputare in essa il legato prima di pretendere riduzione delle liberalità fatte a favore di un donatario, di un coerede o di un legatario anche estraneo. Se calcolato il legato e ciò che prende dalla legittima, non giunge ad integrare questa, è allora soltanto che può domandare la riduzione dei legati e delle donazioni. Tuttochè dispensato dalla collazione, questa dispensa si arresta di fronte alle donazioni anteriori, imperocchè la violazione della legittima deve necessariamente trovarsi nei legati e nelle donazioni, ma risalendo da quelli a queste (1).

191. Fattore di eguaglianza da ristabilirsi fra riserbatori la collazione è dovuta ai riservatori soltanto, salvo che vi sia dispo-

(1) Tutto ciò che è lasciato per testamento non è soggetto a collazione, salvo il caso di disposizione contraria, e salvo ciò che è stabilito nell'articolo 1026. Art. 1008.

Non ostante le disposizioni degli articoli 1008 e 1014, il donatario o legatario avente diritto ad una porzione legittima, il quale domandi la riduzione delle liberalità fatte a favore di un donatario, di un coerede o di un legatario, anche estraneo, come eccedenti la porzione disponibile, deve imputare alla sua porzione legittima le donazioni o i legati a lui fatti, salvo che ne sia stato espressamente dispensato. La dispensa però non ha effetto a danno dei donatori anteriori.

Ogni altra cosa che secondo le regole sopra stabilite è esente dalla collazione, è pure esente dall'imputazione. Art. 1026.

sizione contraria del testatore o donante, e salvo il caso come sopra che si tratti di conferire per integrare la legittima (1).

192. Il modo di collazionare è di due maniere; o si conferisce la cosa in natura, e si ritiene la cosa a conto: cioè collazione propriamente detta od imputazione. In massima la scelta è lasciata a chi conferisce (2). Ma alle volte la scelta non è possibile, alle volte può essere ingiusta. Nel primo caso si adotta il modo possibile, nel secondo quello che più risponde al principio di eguaglianza, e con le seguenti regole:

Quando il donatario d' un immobile lo ha alienato od ipotecato, la collazione si fa soltanto coll' imputazione. Art. 1016.

Se la donazione fatta ad un discendente successibile con dispensa dalla collazione è di un immobile ed eccede la quota disponibile, il donatario deve conferire l' immobile in natura o può ritenerlo per intero, secondo le regole stabilite nell' articolo 826. Art. 1022.

In tutti i casi si deve dar eredito al donatario delle spese colle quali ha migliorato la cosa, avuto riguardo al maggior valore di essa al tempo dell' aperta successione. Art. 1018.

Debbono egualmente computarsi a favore del donatario le spese necessarie che ha fatte per la conservazione della cosa, ancorchè non la abbia migliorata. Art. 1019.

Il donatario dal suo canto è obbligato per i guasti e deterioramenti che per suo fatto o per sua colpa e negligenza abbiano diminuito il valore dell' immobile. Art. 1020.

(1) La collazione è dovuta soltanto dal discendente coerede al suo coerede secondo l' articolo 1001. Essa non è dovuta nè ad altri eredi, nè ai legatari, nè ai creditori ereditari, salvo che vi sia disposizione contraria del donante o testatore, e salvo ciò che è stabilito nell' art. 1023.

Il donatario perciò o il legatario della porzione disponibile, che sia insieme erede legittimario, può pretendere la collazione al solo effetto di stabilire la quota della sua legittima, e non mai per integrare la porzione disponibile. Art. 1014.

(2) La collazione si fa o col presentare la cosa in natura o coll' imputarne il valore alla propria porzione, a scelta di chi conferisce. Articolo 1015.

Nel caso in cui l'immobile sia stato alienato dal donatario, i miglioramenti e deterioramenti fatti dall'acquirente debbono essero computati a norma dei tre articoli precedenti. Art. 1021.

Il coerede conferendo un immobile in natura può ritenere il possesso sino all'effettivo rimborso delle somme che gli sono dovuto per spese e miglioramenti. Art. 1023.

La collazione de' mobili si fa soltanto per imputazione e sul ragguaglio del valore che avevano al tempo della donazione, giusta la stima annessa all'atto della medesima, ed in mancanza di tale stima a norma di quella che verrà fatta da periti. 1024.

La collazione del danaro donato si fa col prendere una minore quantità del danaro che si trova nell'eredità.

Ove tale danaro non basti, il donatario può esimersi dal conferire altro danaro cedendo sino alla concorrente quantità l'equivalente in mobili, ed in mancanza di questi, in immobili ereditari. Art. 1025.

Quanto alle rendite vitalizio o perpetue a carico dello stato dichiarate mobili dall'articolo 418 si è quistionato se si fa collazione o imputazione. **Chabot** è il protagonista dell'opinione che si conferiscono per imputazione. La maggioranza degli scrittori sta per la collazione ossia per la conferenza in natura per mezzo dei titoli. Difatti se lo scopo della collazione è di ottenere la eguaglianza, i mobili si conferiscono nel valore all'epoca della stima, perchè essendo deteriorabili con l'uso non potevansi conferire deteriorati, e monomati nel loro valore dal consumo, ma i crediti non sono soggetti a consumo, dunque possono conferirsi in natura senza compromettere l'eguaglianza.

193. Si è detto che la collazione e l'imputazione sono i fattori della eguaglianza. L'articolo 1026 nel suo ultimo alinea sanziona che va esente da imputazione ciò ch'è esente da collazione, e con ciò allude agli articoli 1007, 1009, 1010, 1011 e 1012.

Il codice napolitano come il francese, faceva della collazione o della imputazione due sezioni distinte. La collazione in quel sistema era dovuta dal riservatario al riservatario. La imputazione era dovuta all'erede istituito nel disponibile o al legatario, dal legittimario che nel domandare la riserva pretendeva integrarla con la riduzione dei legati e donazioni eccessive. L'erede istituito nel disponi-

bile o il legatario l'obbligavano ad imputare nella legittima la donazione o il legato da lui ricevuto. Era il caso identico a quello dell'articolo 1014 del codice italiano. Era una reazione alle pretese del riservatario. La collazione nel sistema napoletano era il fattore della eguaglianza nelle successioni intestate, la imputazione era il fattore della eguaglianza nelle successioni testate.

194. Il diritto romano in fatto di collazione ed imputazione era uniforme all'attuale sistema.

SEZIONE V.

del pagamento dei debiti

195. I debiti sono il passivo ereditario, rappresentano la cosa altrui, e diminuiscono l'asse ereditario di altrettanto quanto è il loro valore. L'eredità è il reliquato della sottrazione dei debiti dalla massa, in conseguenza

I coeredi contribuiscono tra essi al pagamento dei debiti e pesi ereditari in proporzione delle loro quote ereditarie, salvochè il testatore abbia altrimenti determinato. Art. 1027.

Nulla più razionale di questo principio, nulla di più facile espressione, ma l'applicazione presenta delle difficoltà che saranno presto delegate con alcuni chiarimenti.

196. È un canone di diritto che i beni del debitore sono comune garentia dei creditori. È noto che l'erede rappresenta il suo autore nell'attivo e nel passivo. Da ciò la conseguenza che ogni creditore rivolge la sua azione contro l'erede. Questa azione è reale o personale. La personale si dirige contro la persona dell'erede, la reale contro il fondo ipotecato.

Il debito personale passa dal defunto all'erede perchè il morto impossessa il vivo, il debito ipotecario passa all'erede col fondo gravato. Gli eredi debbono pagare i debiti in proporzione di ciò che prendono, quindi, quanto al debito personale, ciascuno risponde di

una rata corrispondente alla sua quota ereditaria, quanto al debito ipotecario concretizzato nel fondo ipotecato, l'erede che lo possiede risponde dell'intero verso il creditore, ina dovendo su quello intero soltanto la sua rata corrispondere alla sua quota ereditaria, ha diritto di farsi rivalere dai coeredi di ciò che paga per loro, unicamente perchè possiede il fondo gravato. Questo diritto che l'erede ha verso l'erede per essere indennizzato di ciò che paga per lui, dicesi **regresso**. Ecco perchè,

Gli eredi sono tenuti a' debiti e pesi ereditari personalmente in proporzione della loro quota, ed ipotecariamente per l'intero, salvo il loro regresso, se vi ha luogo, contro i coeredi in ragione della parte per cui essi debbono contribuire. Art. 1029.

Il coerede, che in forza dell'ipoteca abbia pagato un debito comune oltre la sua parte, non ha regresso contro gli altri coeredi, fuorchè per quella parte che ciascuno di essi deve personalmente sostenere, quantunque il coerede che ha pagato il debito, si fosse fatto surrogare nei diritti dei creditori. Il coerede conserva per altro la facoltà di richiedere il pagamento del credito a lui personale, non altrimenti che qualunque altro creditore, detratta la parte che deve sopportare come coerede. Articolo 1030.

197. Questo regresso è il fattore della eguaglianza in questo stadio del processo successorio. Se nell'esperimento di questo diritto s'incontra un coerede insolubile la sua quota di debito si ripartisce fra tutti i coeredi (1).

198. Da ciò si comprende che la condizione dell'erede possessore del fondo ipotecato non è la più felice o per lo meno la più comoda, considerato almeno che egli è obbligato a ripetere da ciascuno ciò che ha pagato per tutti. Però vi è modo come scansarla. Quando in una eredità vi sono fondi ipotecati o gravati di prestazioni di rendita ridimibile o altre affezioni di simil natura, l'erede

(1) In caso di non solvenza di un coerede, la sua quota del debito ipotecario è ripartita in proporzione sopra tutti gli altri. Art. 1031.

può esigere che prima di procedersi alla formazione delle quote il fondo sia **affrancato** e reso **libero**. Si paga il debito, si redime la rendita il censo il canone che sia, il fondo entra libero in massa, chi lo prende non ha impaccio, il peso ricade egualmente su tutti gli eredi.

Può ancor procedersi con altro sistema. Il fondo gravato entra in massa stimato pel suo valore reale detratto il debito. Chi lo prende ha così ricevuto il prezzo di affrancamento. In tal caso egli è il solo debitore ed assume l'obbligo di garantire i suoi coeredi (1).

199. L'erede garantisce il suo patrimonio dal passivo ereditario mercè l'accettazione col beneficio d'inventario. Per effetto di questa istituzione giuridica il suo patrimonio resta distinto da quello dell'eredità, ed inviolabile per conto dei creditori del defunto. Vi sono però delle posizioni in cui l'erede anzi che di trovare il suo tornaconto nel beneficio d'inventario lo trova nella confusione dei patrimoni, ed allora accetta l'eredità puramente e semplicemente. I patrimoni si confondono, i creditori dell'erede lo addentano, ed i creditori dell'eredità possono trovarsi compromessi, se per avventura i loro titoli di credito sono vinuti dalla priorità dei titoli dei creditori dell'erede.

È a sapersi che il debito ipotecario ha vita dalla iscrizione nei pubblici registri a ciò destinati come diremo nella teoria del regime ipotecario. Basta sapere per ora che i debiti ipotecari si pagano a ragion di grado, e questo grado è segnato dalla data della iscrizione,

(1) Ciascun coerede, quando i beni immobili di una eredità sono gravati con ipoteca da una prestazione di rendita redimibile, può esigere che gli immobili ne sieno affrancati e resi liberi prima che si proceda alla formazione delle quote ereditarie: se i coeredi dividono l'eredità nello stato in cui si trova, il fondo gravato deve stimarsi colle medesime norme, con cui si stimano gli altri beni immobili, detratto dal valore del fondo il capitale corrispondente alla prestazione.

Il solo erede nella cui quota cade questo fondo, è incaricato della prestazione medesima, coll'obbligo di garantire i coeredi. Art. 1028.

cosicchè il più vecchio di data vince quello di data posteriore. Cumulati nella persona dell'erede i beni propri e quelli ereditati costituiscono una massa su cui e creditori del defunto e creditori dell'erede riconoscono la loro garentia comune, ma nella concorrenza vince la pozziorità. Dato che le ipoteche dei creditori del defunto siano posteriori a quelle dei creditori dell'erede, la loro posizione è compromessa di fronte ad estranei coi quali non hanno avuto giammai dei rapporti giuridici.

Per ovviare a questo inconveniente la legge a lato della istituzione giuridica del beneficio d'inventario, tutta a favore dell'erede e dei suoi creditori, ha messo la istituzione giuridica della **separazione dei patrimoni** tutta a favore dei creditori dell'eredità. Questa istituzione ripete anch'essa la sua origine dalla riforma del diritto operata dai Pretori romani. La sua indole è quella di una istanza diretta a paralizzare l'effetto del beneficio d'inventario, e far restare il patrimonio del defunto a garentia dei creditori del defunto. Han diritto a questa istanza tutti coloro che hanno interesse ad impedire la confusione dei patrimoni, cioè tutti indistintamente i creditori della eredità ed i legatari (1).

Esso si estendo su tutto il patrimonio del defunto mobiliare ed immobiliare. Quando ai mobili questa separazione si ottiene con la domanda giudiziale promossa nei **tre mesi** dall'apertura della suc-

(1) I creditori dell'eredità ed i legatari possono domandare la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell'erede, a norma delle disposizioni contenute nel titolo XXIV di questo libro. Art. 1032.

Il diritto alla separazione del patrimonio del defunto da quello dello erede, di cui è cenno nell'articolo 1032, spetta anche a quei creditori o legatari che hanno già un'altra garentia sui beni del defunto. Art. 2054.

La separazione ha per oggetto il soddisfacimento, col patrimonio del defunto, dei creditori di lui e dei legatari che l'hanno domandata, preferibilmente ai creditori dell'erede. Art. 2055.

27 — Vol. 3.° — CALG. Cod.

cessione (1). Se i mobili furono alienati il beneficio investe il prezzo non ancora pagato (2).

Riguardo agl' immobili il diritto di separazione si esercita mediante iscrizione del credito o del legato fatta infra i tre mesi dall' apertura della successione, sopra ciascuno degl' immobili della eredità e con le indicazioni richieste per la ordinaria iscrizione di ipoteca meno l' esibizione del titolo, ed aggiungendo il nome del defunto e quello dell' erede s' è conosciuto, più la dichiarazione che l' iscrizione si fa a fine di separazione di patrimoni (3). Si dispensa dall' esibizione del titolo, perchè sarebbe ingiusto privare il creditore di questo beneficio sol perchè mancante del titolo, quando questo diritto si concede indistintamente a tutti i creditori e per fino ai legatari.

Questa iscrizione per gl' immobili, e la domanda giudiziale per i mobili fatta infra i **tre mesi** dall' apertura della successione, **retroagisce** sino al giorno dell' apertura istessa. Senza di questa retroattività il beneficio tornerebbe il più delle volte inutile, imperocchè o l' erede si sarebbe affrettato a vendere i beni ereditari o i suoi creditori ad iscriverne i loro crediti. Per effetto di questo beneficio, qualunque iscrizione, qualunque alienazione interessante i beni ereditari fatta nei **tre mesi** dall' apertura della successione è **nulla** di fronte ai creditori della eredità che sono in regola con la procedura di separazione (4).

(1) Il diritto alla separazione riguardo ai mobili si esercita col farne la domanda giudiziale. Art. 2059.

Il diritto alla separazione non può esercitarsi che nel termine perentorio di tre mesi dal giorno dell' aperta successione. Art. 2057.

(2) Riguardo ai mobili già alienati dall' erede, il diritto alla separazione comprende soltanto il prezzo non ancora pagato. Art. 2061.

(3) Lo stesso diritto riguardo agli immobili si esercita mediante la iscrizione del credito o del legato sopra ciascuno degli immobili stessi presso l' ufficio delle ipoteche del luogo in cui sono situati.

L' iscrizione si eseguisce nei modi determinati dall' articolo 1987, aggiungendovi il nome del defunto o quello dell' erede se è conosciuto, e la dichiarazione che viene presa a titolo di separazione dei patrimoni.

Per tale iscrizione non è necessaria l' esibizione del titolo. Art. 2060.

(4) Le ipoteche iscritte sugli immobili dell' eredità a favore di cre-

Era quistione se l'accettazione della eredità col **benefizio di inventario** dispensasse i creditori del defunto ed i legatari che intendessero giovare **del beneficio di separazione** dall'osservanza delle prescrizioni ordinate in riguardo alla separazione. Il codice italiano risolve la quistione per la negativa (1), per la ragione che l'accettazione dell'eredità col beneficio d'inventario non ha effetti definitivi, e l'erede può per fatto proprio decadere dal beneficio.

Era ancor quistione nella scuola e nel foro, se la domanda di separazione fatta da uno degl'interessati giovasse all'altro. La giurisprudenza si pronunziava generalmente per la negativa, e la dottrina appoggiava la giurisprudenza. In fatti la domanda del beneficio di separazione deve indicare la somma per la quale s'intende invocarla, e ciò perchè interessa che i terzi sappiano il credito così tutelato. Sarebbe contraddire altrimenti al carattere di pubblicità che sostiene tutto il sistema ipotecario. Questa indicazione di somma è tanto essenziale, che il beneficio invocato riguardo ai terzi è efficace soltanto sino alla concorrenza della somma indicata. Ora se a tutti i creditori fosse dato di giovare della separazione invocata da un solo, come il beneficio non potrebbe essere esteso oltre la somma indicata, il creditore diligente si troverebbe, in concorso di creditori negligenti, pregiudicato nelle sue ragioni. Fu quindi razionale il concetto di rendere il beneficio efficace solo a colui che lo domanda (2).

ditori dell'erede, e le alienazioni anche trascritte degli immobili stessi non pregiudicano in alcun modo ai diritti dei creditori del defunto e dei legatari che ottennero la separazione nell'anzidetto termine di tre mesi. Art. 2062.

(1) L'accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario non dispensa i creditori del defunto e i legatari che intendono valersi del diritto di separazione, dall'osservare quanto è stabilito in questo titolo. Art. 2058.

(2) La separazione dei patrimoni non giova che a coloro che l'hanno domandata, e non altera fra di essi riguardo ai beni del defunto l'originaria condizione giuridica dei titoli rispettivi e i loro diritti di priorità. Art. 2063.

È chiaro che questo beneficio può essere distrutto dal creditore o legatario che accetta l'erede per debitore (1) e che a sua volta;

L'erede può impedire o far cessare la separazione pagando i creditori e i legatari, o dando cauzione per il pagamento di quelli il cui diritto fosse sospeso da condizione o da termine, o fosse contestato. Articolo 2064.

Una volta regolarizzata la procedura di separazione, l'ipoteca iscritta a tal titolo vale quanto l'ipoteca ordinaria, e ne produce tutti gli effetti (2).

200. I debiti del defunto sono debiti dell'erede. Il legatario non è erede; egli non è tenuto a pagare i debiti del defunto. Però il creditore ipotecario non guarda la persona nè il rapporto giuridico che passa tra la persona che possiede il fondo gravato ed il debitore. La sua azione è sulla cosa, ed il legatario possessore è obbligato a pagare o a rilasciare il fondo non come erede, ma come possessore del fondo ipotecato. Egli potrebbe schermirsi col diritto di separazione legalmente acquistato contro un creditore iscritto posteriormente all'apertura della successione, ma di fronte ad un creditore iscritto prima della morte del testatore, il legatario possessore del fondo ipotecato non può che pagare o rilasciare. Però se paga, la sua condizione è ben diversa da quella dell'erede che paga l'intero debito ereditario per effetto dell'azione ipotecaria. L'erede ha una semplice azione di regresso personale contro ciascuno degli eredi, per la rispettiva quota, il legatario che nulla ha che fare con gli eredi, subentra al creditore soddisfatto in tutta l'estensione e comprensione dei suoi diritti contro gli eredi, cosicchè ove per avventura il debito da lui soddisfatto fosse stato iscritto ancora sopra altri fondi ereditari, egli agirebbe con azione ipotecaria sopra i fondi soggetti, e per l'intero

(1) I creditori e i legatari che avessero fatta novazione accettando l'erede per debitore, non hanno diritto alla separazione. Art. 2056.

(2) Tutte le disposizioni relative alle ipoteche sono applicabili al vincolo derivante dalla separazione dei patrimoni regolarmente iscritto sopra gli immobili dell'eredità. Art. 2065.

debito da lui soddisfatto, senza impacciarci a ripetere la rata da ciascuno degli eredi (1).

201. Si noti però che l'articolo 1033 parla del legatario in generale. Il codice Napolitano, ed ora il Francese, esentava dai debiti il legatario a titolo particolare e faceva distinzione tra legatario universale ed a titolo universale, e legatario particolare. Il codice italiano seguendo il Piemontese ed il Parmense non riconosce questa distinzione. Il legatario universale o a titolo universale nel sistema del codice è chiamato **erede**; quindi nelle disposizioni testamentarie non vi sono che **eredi** e **legatari**, e legatario è soltanto colui a cui è data una cosa determinata, cioè il legatario particolare del codice francese e dei codici preesistenti.

SEZIONE VI.

degli effetti della divisione e della garentia delle quote

202. Il morto impossessa il vivo. Ciascun coerede, aperta la successione è già proprietario della sua quota. Ma qual'è questa quota? La divisione la dichiara; dunque la divisione è dichiarativa non attributiva di proprietà. Dichiarata la quota di ciascuno erede, il diritto di ciascuno da comprensivo di tutta la massa ereditaria com'era per effetto dell'indiviso, si restringe sulla propria quota. L'erede esclusivo proprietario della sua quota è estraneo in rapporto alla quota altrui per effetto della divisione. Questo effetto retroagisce all'apertura della successione, cosicchè,

Ciascuno coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti per incanti fra i coeredi, e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari Art. 1034.

(1) Il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditari, salva però ai creditori l'azione ipotecaria sul fondo legato e salvo altresì il diritto di separazione; ma il legatario che ha estinto il debito di cui era gravato il fondo legato, sottomette nelle ragioni del creditore contro gli eredi. Art. 1033.

203. Pur non di meno tuttochè dichiarata e circoscritta la proprietà di ciascuno erede, il principio di eguaglianza non vien meno. Esso accompagna gli eredi sinanco nel possesso e godimento della loro quota. Taluno dei coeredi è privato della quota che gli fu assegnata per una causa preesistente alla divisione, per esempio, un'azione ipotecaria, un'azione di rivendicazione. La causa è preesistente, è sempre un debito del defunto ch'egli soddisfa: la eguaglianza è distrutta, bisogna ripristinarla, e ciò non può farsi altrimenti che **integrando** il coerede evitto dalla perdita subita. Il coerede indipendentemente da qualunque convenzione, e per solo fatto della divisione, garantisce il coerede dalle molestie o evizioni provenienti da cause anteriori alla divisione.

204. Questa garentia cessa:

1.º quando la qualità dell'evizione sofferta era stata preveduta ed eccezionata con una **clausola particolare ed espressa** nel verbale di divisione;

2.º quando il coerede la soffre per **colpa propria** (1).

Nel primo caso è la **convenzione**, nel secondo la **colpa** che pareggia la condizione dei coeredi e giustifica la disuguaglianza. La convenzione prevede il danno possibile, vi provvede con un sistema di compenso qualunque, ed il danno possibile resta a tutto rischio e pericolo dell'erede che lo assume, francando in conseguenza i coeredi da ogni garentia. Questa convenzione che prevede e provvede ad un futuro possibile è una convenzione di **oggetto speciale**, e la legge richiede per essa una **clausola particolare ed espressa**. Una convenzione di **franca garentia generale** non sarebbe efficace. Vi sarebbe luogo a dubitare che fosse escogitata da taluno dei co-

(1) I coeredi si debbono vicendevole garentia per le sole molestie ed evizioni procedenti da causa anteriore alla divisione.

La garentia non ha luogo, se la qualità della evizione sofferta è stata eccettuata con una **clausola particolare ed espressa** nell'atto di divisione, o se il coerede soffre l'evizione per propria colpa. Art. 1035.

redi meglio informato della condizione dei beni ereditari, in danno degli altri coeredi.

La colpa del coerede evitto esenta i coeredi dalla garentia. Questa colpa può assumere fisionomie diverse, talune delle quali distruggono l'obbligazione di garentia dei coeredi, anche in rapporto ad una evizione che si rannoda ad una causa preesistente alla divisione. Così se il coerede molestato non avesse curato di chiamare in garentia i coeredi, i quali forse avrebbero avuto ragioni e modo per allontanare il pretendente; se il coerede si fosse lasciato condannare indifeso, la evizione sarebbe un fatto subito per colpa sua, ed i coeredi non saranno tenuti a garentirla. Così pure avverrebbe nel caso in cui il coerede avesse trascurato d'interrompere una prescrizione che correva già contro il defunto a vantaggio di un terzo possessore di un fondo attribuito alla quota sua. Del resto la colpa è sempre una questione di fatto che dovrebbe esser valutata dal magistrato.

Finalmente la garentia dovuta cessa ancor quando il coerede non l'esercitata a tempo. È principio generale di diritto che qualunque azione si estingue con l'elasso di trenta anni.

205. Per effetto della vicendevole garentia,

Ciascun coerede è personalmente obbligato in proporzione della sua quota ereditaria a tenere indenne il suo coerede della perdita cagionata dalla evizione.

Se uno dei coeredi non è solvente, la parte per cui è obbligato, debb'essere egualmente ripartita tra la persona guarentita e tutti i coeredi solventi. Art. 1036.

La insolvenza del debitore, come si è detto nella sezione precedente, pesa a carico degli altri condebitori. Ma questa insolvenza fa d'uopo riguardarsi in ragion di tempo ed in rapporto alla cosa. In ragion di tempo imperocchè preesistente alla divisione è un fatto che ricade sotto la responsabilità dei coeredi. Il coerede evitto avrebbe ragion di dire, voi mi avete assegnato un debitore insolubile, cioè mi avete assegnato nulla, reintegrate la mia quota. Ma se la insolvenza fosse avvenuta dopo la divisione, la quota da lui dovuta è una quota perduta per caso non imputabile a chicchesia, quindi per la massi-

ma *res perit domino suo*, il coerede creditore non avrebbe azioni di garentia possibile.

In rapporto alla cosa dovuta la solvibilità del debitore deve essere pure riguardata in ragion del tempo in cui si verifica, influenzando questa circostanza assai sulla responsabilità dei coeredi. Ad un coerede si assegna una rendita dovuta ad un terzo. Questo terzo per la natura della cosa, non è debitore che o di annualità attrassate o delle annualità in corso ed a misura che maturano. Quindi la solvibilità va misurata a ragion della cosa dovuta, e come questa è annuale, la garentia dovrebbe protrarsi anno per anno e divenire perpetua. Era questo lo stato della giurisprudenza anteriore al codice francese. Ma questo stato di cose era esoso e doveva cessare. È principio inconcusso e razionale che si garentisce l'insolvenza preesistente mai la futura. Ora nelle rendite vitalizie si ha una prestazione annuale e quindi, come tutto ciò che si paga ad anno, si prescrive in cinque anni. Il pagamento è prova inconcussa di solvibilità, quindi il coerede cui è assegnata una rendita, non ha ragione di pretendere garentia dai coeredi se non quando il debitore non paga. Se ciò avviene infra i cinque anni della divisione è chiaro che la insolvenza è anteriore alla divisione istessa e quindi la garentia è dovuta. Se il pagamento manca dopo i 5 anni, per ragion contraria dimostra che la insolvenza è avvenuta posteriormente alla divisione e quindi la garentia non è dovuta (1).

206. In Roma vi era una radicale differenza quanto alla indole della divisione di eredità. Ivi la divisione era **attributiva** di proprietà. I coeredi erano condomini dell'intera eredità. Il condominio si tramutava in dominio assoluto della quota in seguito della divisione, per effetto di una scambievole cessione che ciascun coerede faceva all'altro della sua quota per rivalsa della quota che gli altri cede-

(1) La garentia della solvenza del debitore di una rendita non dura oltre i cinque anni successivi alla divisione.

Non vi è luogo a garentia per la non solvenza del debitore, se questa è sopravvenuta soltanto dopo che venne fatta la divisione. Art. 1037.

vano a favor suo. Questo sistema aveva inconvenienti serissimi p. e. una ipoteca concessa da un coerede sopra un fondo ereditario prima della divisione, era operativa sul fondo intero, e seguiva il fondo ancorchè nella divisione toccasse ad un coerede diverso di colui che aveva acconsentita l'ipoteca, cioè toccasse al vero debitore. Da ciò possibilità di frequentissime evizioni, di garentie per evizioni, di procedure complicatissime, che una savia legislazione doveva evitare. I giureconsulti romani avvertirono l'inconveniente, e cercarono ovviare in tali casi con l'assegnare al fondo gravato un valore al di sotto del vero. Vi fu pure taluno che proponeva la retroattività dell'attribuzione di proprietà all'apertura della successione, ma questo espediente restò un concetto della scienza e non fu mai attuato dalle leggi.

Questo temperamento però balenato in Roma fu attuato nel medio evo in occasione di francare dal **laudemio** i passaggi ereditari dei beni feudali. Era principio fiscale che le alienazioni forzose non fossero soggette a tassa. La divisione nel sistema tradizionale era alienazione, quindi soggetta al **laudemio**, ma la si definì alienazione forzata e fu francata dalla tassa. Un altro passo era necessario in questo cammino ed è dovuto al foro francese. La divisione non fu qualificata alienazione e quindi fu franca di tassa. Questo concetto fu adottato dai legislatori, e la divisione fu detta operativa di dichiarazione e non di attribuzione di proprietà. Da questo principio surse come conseguenza l'articolo 1034.

Un'altra differenza fra il sistema romano e l'attuale sta nella garentia dei coeredi. I coeredi in quel sistema si garentivano la esistenza e realtà dei crediti e delle rendite, non già la solvibilità dei debitori.

SEZIONE VII.

della rescissione in materia di divisione

207. La divisione è compiuta. Ma il principio fondamentale che doveva regolarla, l'eguaglianza è stata violata. Essa fu accompagnata

dalla violenza. Il dolo ha campeggiato in un atto che doveva essere l'espressione della lealtà e della buona fede. La violenza ed il dolo sono cause di rescissione di ogni contratto.

Ma questa violenza e questo dolo devono produrre un danno, devono violare in un modo qualunque il principio di uguaglianza, perchè possano essere presi in considerazione in fatto di divisione di eredità.

In qualunque altro contratto la violenza ed il dolo violano la libertà di azione, supremo diritto della personalità umana. Il danno vi è sempre nel fare forzosamente, o per errore prodotto dal raggio altrui, ciò che non si sarebbe fatto nello stato di libertà, e di coscienza del vero. Ma nelle divisioni non vi è fatto volontario da compiere. Il coerede non può ricusarsi, non può resistere alla istanza di divisione. Costretto dalla violenza, illuso dal dolo a dividere, se la divisione non ha pregiudicato i suoi diritti, non gli ha arrecato danno, è un fatto che potrebbe esser valutato sul criterio del codice penale, ma civilmente è un vano lamento. La violenza ed il dolo possono dunque esser causa di rescissione di una divisione quando son produttivi di danno, ossia quando sono accompagnati dalla lesione. È la lesione che distrugge l'uguaglianza, è ad essa che va attaccata la rescissione della divisione. Se non che queste tre cause di rescissione, cioè violenza, dolo, lesione possono verificarsi congiuntamente e disgiuntamente. Insieme distruggono il consenso, annullano il contratto qualunque sia il danno, purchè ne producano alcuno. Ma la lesione senza dolo, senza violenza è un fatto che non può esser preso in considerazione se non quando per se stesso sia tale veramente da meritare la perdita del tempo, del denaro e del lavoro consumato per una divisione già compiuta; nè poteva lasciarsi all'arbitrio ed alla estimazione privata la determinazione di questa lesione. L'uomo in fatto d'interesse è ordinariamente inclinato ad esagerare. Dato un diritto, nessuno ama vederlo violato, ognuno valuta a modo suo una lesione, a norma dei suoi bisogni ed in rapporto alla sua posizione, donde l'esagerazione possibile in ogni caso. Ad ovviare a questi inconvenienti, la legge determina essa stessa la quantità che costituisce la lesione operativa di rescissione, quando è

scompagnata dalla violenza e dal dolo. Questa quantità deve essere un valore, che superi il quarto del diritto spettante al coerede.

208. L'omissione non lede alcuno. È un cespite che si divide con un atto suppletorio senza pregiudizio di chicchessia. Il danno che ne proviene per tempo, spesa, e lavoro è causato dalla comune negligenza dei dividendi, e nessuno può dolersene: quindi:

Le divisioni possono rescindersi per causa di violenza o di dolo.

Può altresì aver luogo la rescissione quando uno dei coeredi provi di essere stato leso nella divisione oltre il quarto. La semplice omissione di un oggetto della eredità non dà luogo all'azione di rescissione ma soltanto ad un supplemento alla divisione. Art. 1038.

209. Nella divisione di eredità la legge non riconosce altro che il mezzo come far cessare fra i coeredi la comunione degli effetti ereditari. Ottenuto questo scopo con un atto qualunque, sia vendita, permuta, transazione o altro qualsiasi è indifferente per la legge. In tutti tali atti riconosce la divisione di eredità, e quando la violenza, il dolo o la lesione han violato l'eguaglianza, l'azion di rescissione è ammissibile sempre contro l'atto, qualunque sia il suo nome.

210. Non è strano però che compiuta una divisione sia sotto la forma naturale sia sotto forma simulata, sorgano delle quistioni sulla esecuzione della divisione compiuta, e si senta la necessità di comporre quelle difficoltà insorte mercè un atto di transazione, ancorchè non sia principitata una lite sopra tale oggetto. Questo atto di transazione, quantunque complementare della divisione già fatta col primo atto, non sarebbe più attaccabile con azion di rescissione (1). La leg-

(1) L'azione di rescissione si ammette contro qualunque atto, che abbia per oggetto di far cessare tra i coeredi la comunione degli effetti ereditari, ancorchè fosse qualificato con titoli di vendita, di permuta, di transazione, od in qualunque altra maniera.

Ma, dopo la divisione o dopo l'atto fatto in luogo della medesima, l'azione di rescissione non è più ammessa contro la transazione fatta sopra le difficoltà reali che presentava il primo atto, ancorchè non fosse cominciata alcuna lite sopra tale oggetto. Art. 1039.

ge tronca così le quistioni cavillose, che ostano all'attuazione di uno dei più sentiti bisogni economici, cioè la cessazione della comunione.

211. Un coerede che vende ai coeredi o ad uno di essi il suo diritto ereditario non ha per scopo di far cessare l'indivisione, la quale già sussiste ancora indipendentemente da essa, quindi non può essere tenuta tal vendita come una divisione e quindi attaccabile con l'azion di rescissione. La vendita del diritto ereditario comprende tutto e attivo e passivo, e, come questo è ordinariamente ignorato prima della formazione della massa, contiene per se stessa un'alea. Dove è possibile un'alea non può parlarsi di lesione.

212. Però non bisogna confondere la vendita di un determinato oggetto dell'eredità con la vendita del diritto ereditario. La vendita di un cespite determinato può simulare la divisione e quindi può essere attaccata con l'azion di rescissione. Le condizioni che debbono concorrere in una vendita di diritto ereditario per essere al coperto dell'azione rescissoria sono tre:

1.^a Espressione generica dei diritti successori senza speciale designazione di cespiti;

2.^a Condizione espressa di vendere a rischio e pericolo del compratore;

3.^a Negazione di frode, cioè ignoranza d'ambe le parti contraenti dello stato di eredità (1).

Ad onta però di queste condizioni la vendita è attaccabile per dolo o violenza. Ma se l'alienazione è avvenuta dopo che fu al venditore palese il dolo o che cessò la violenza, l'azione di rescissione non sarebbe più ammessa (2). Mancherebbe la ragione determinante.

(1) La detta azione non è ammessa contro la vendita del diritto ereditario fatta senza frode ad uno de' coeredi, a suo rischio e pericolo, dagli altri coeredi o da uno di essi. Art. 1040.

(2) Il coerede che ha alienato la sua porzione od una parte di essa, non è più ammesso a proporre l'azione di rescissione per dolo o violenza, se l'alienazione è seguita dopo che gli fu palese il dolo, o cessò la violenza. Art. 1043.

213. Ma come si conosce la lesione?

Per conoscere se vi sia stata lesione, si fa eseguire la stima degli oggetti secondo il loro stato e valore al tempo della divisione. Art. 1041.

214. Ad ogni modo:

Quello contro cui è promossa l'azione di rescissione, può troncato il corso alla medesima ed impedire una nuova divisione, dando all'attore il supplemento della sua porzione ereditaria in danaro o in natura. Art. 1042.

215. Nel sistema romano la violenza intervenuta nella divisione non la rendeva nulla, il dolo però annullava la divisione, perchè la divisione di eredità era ritenuta come un negozio di buona fede.

SEZIONE VIII.

della divisione fatta dal padre, dalla madre o da altri ascendenti fra i loro discendenti

216. La divisione di eredità è bene spesso la face della discordia nelle famiglie. È un interesse sociale che la pace domestica non sia turbata. Dal lato economico niuno meglio del capo di famiglia può attuare una divisione tra i suoi discendenti. In tutti i tempi fu dato ai genitori ed ascendenti il diritto di fare una divisione di famiglia. I Romani la chiamavano, **divisio inter liberos**, e ne privilegiavano la forma. **Costantino** volle che in qualunque modo espressa una divisione di famiglia dovesse prendersi in considerazione nelle successioni intestate. **Giustiniano** dispose che la divisione **inter liberos** fosse scritta e sottoscritta dal padre e dai discendenti interessati. Tutte le legislazioni civili fecero eco a questa istituzione tradizionale, ed il codice italiano la mantenne.

Il padre, la madre e gli altri ascendenti possono dividere e distribuire i loro beni tra i loro figli e discendenti, comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile. Art. 1044.

217. La forma di queste divisioni è quella dell'atto tra vivi o del testamento. Però usando la forma degli atti tra vivi non è permesso comprendere **beni futuri**. Il disponente che usa la forma della donazione dispone pel tempo presente, e quindi comprendendo dei beni futuri nelle sue disposizioni, disporrebbe a vuoto (1).

218. Queste disposizioni usate nella forma delle donazioni, sono considerate come anticipate successioni, imperocchè l'erede prende l'eredità vivente ancora il suo ascendente. Desse non possono violare le disposizioni legislative successorie, le quali sono di ordine pubblico: quindi, non prerogativa di età o di sesso, non distinzione di linee o di beni, ma eguaglianza di diritti. Se la divisione non contempla tutti i successibili è nulla essenzialmente, e tutti gli eredi compresi o non compresi possono domandare la divisione nelle forme legali ordinarie (2). Se non comprende tutti i cespiti ereditari la divisione sta, ed i fondi omessi saranno divisi come nella successione intestata (3).

219. Violata la legittima di taluno dei discendenti la divisione è nulla; violato il diritto di taluno oltre il quarto vi è luogo all'azione di rescissione per lesione (4).

(1) Queste divisioni possono farsi per atto tra vivi, o per testamento colle stesse formalità, condizioni e regole stabilite per le donazioni e per i testamenti.

Le divisioni fatte per atto tra vivi non possono comprendere che i beni presenti. Art. 1045.

(2) È interamente nulla la divisione, nella quale non siano stati compresi tutti i figli che saranno chiamati alla successione e i discendenti dei figli premorti.

In questo caso tanto i figli o discendenti che non vi ebbero parte, quanto quelli che vi ebbero parte, possono promuoverne una nuova. Articolo 1047.

(3) Se nella divisione non sono stati compresi tutti i beni lasciati dallo ascendente al tempo della sua morte, i beni non compresi sono divisi in conformità della legge. Art. 1046.

(4) La divisione fatta dall'ascendente può essere impugnata, se dalla

La legge presume che queste divisioni familiari siano regolari ed esatte, quindi nel permettere il reclamo mette a carico del reclamante l'anticipazione delle spese necessarie per la valutazione dei beni, e se il reclamo sarà respinto, anche quelle della lite (1).

220. È notevole che il reclamo per lesione è ammesso quando il disponente abbia adottato per la divisione la forma delle donazioni, e per ragion dei contrari è escluso quando la divisione si è fatta per testamento. Non si comprende la ragione di questo sistema. La forma è indifferente: la lesione è un fatto, ma è un fatto oppugnabile sotto una forma, inoppugnabile sotto un'altra. Il codice francese, il napolitano, il parmense non facevano questa distinzione, che fu ritenuta dal codice italiano com'era nell'albertino e nell'estense. Nulla trovasi nei lavori preparatori. Razionalmente tal disposizione non ha ragione di essere. Evidentemente se la lesione è in fatto di legittima, vi provvede la prima parte dell'articolo e pel principio sacro ed inviolabile della intangibilità della legittima, la lesione della legittima, sia infra o ultra il quarto, dà sempre luogo al reclamo. È dunque necessario intendersi l'articolo nel senso che determinata una quota ad un successibile sul disponibile, e fissato così il diritto suo a quella quota, nel fatto per una erronea valutazione dei beni assegnati a quella quota vi sia lesione oltre il quarto del diritto determinato. Così per esempio A divide il suo patrimonio fra' suoi figli **Primo, Secondo e Terzo**. Il suo asse secondo il valore stabilito da lui stesso ascende a 48 mila lire. Egli può disporne 9 mila, ciascuno

medesima o dalle altre disposizioni fatte dall'ascendente risulta che sia teso nella porzione legittima alcuno di quelli, fra i quali sono stati divisi i beni. Se la divisione è fatta per atto tra vivi, può altresì essere impugnata per lesione oltre il quarto a norma dell'articolo 1038. Art. 1048.

(1) Il figlio che per alcuna delle cause espresse nel precedente articolo impugna la divisione fatta dall'ascendente, deve anticipare le spese della stima, e soccombendo nel giudizio definitivo sarà condannato nelle spese medesime e in quelle della lite. Art. 1049.

dei figli ha diritto inviolabile a 3 mila. A assegna a ciascuno il terzo della disponibile dando a **Primo** il fondo Foresta per £. 3000, a **Secondo** i fondi Vigna per £. 2000 e Prato per £. 4000, a **Terzo** la casa per £. 3000. Evidentemente il diritto di **Secondo** è di avere la terza parte del disponibile. Ma il fondo Vigna assegnato per 2000 vale 4000 ed il Prato assegnato per 4000 vale per 600, ecco per lui una lesione di £. 4400, cioè una lesione oltre il quarto che gli dà diritto d'impugnare la divisione se A ha preferito per la sua disposizione l'atto tra vivi, ma che deve subire se fu invece preferita la forma del testamento. E con una e con l'altra forma la disponibile è nell'assoluto diritto del padre, il figlio leso o non può lamentarsene qualunque sia la forma, o lo può nell'una e nell'altra. Ad ogni modo l'eccezione sta e la espressione della legge è chiara pur troppo per non dar luogo a dubbiezze. L'unica ragione che potrebbe sostenere tale eccezione si è la natura dell'atto prescelto per la divisione. La donazione ha la natura di un contratto che si compie con la volontà di donare, con la volontà di ricevere, è di effetto immediato ed irrevocabile. Il testamento è atto unilaterale, che può accettarsi o ricusarsi ma come sta, quando si è nel campo della disponibile. Or nella donazione **secondo** acquista diritto al terzo del disponibile: se questo diritto acquisito non è serbato illeso nella quantità legale egli ha diritto d'impugnare la divisione perchè sia integrato il valore della sua terza parte. In altri termini si ritiene un errore di valutazione riparabile con una stima legale e con una divisione novella. Ma nel testamento questa lesione non ha importanza, imperocchè quella quota di disponibile assegnata a **secondo** fu così condizionata dal testatore, che poteva pure toglierla del tutto. All'erede non resta che o rifiutarla o accettarla come sta.

221. Si è detto che la divisione di famiglia corrisponde alla divisione *inter liberos* dei Romani.

TITOLO III.

Delle Donazioni

222. La legge ha garentito al cittadino l'esercizio il più assoluto del diritto di proprietà mercè la libera disposizione dei suoi beni purchè non ne faccia uso contrario alle leggi ed ai regolamenti, all'ordine pubblico ed alla morale. E l'ordine pubblico e la morale esigono che la legge prevedendo le possibili aberrazioni dell'uomo, i travimenti di cui è passibile questo essere che si atteggia alle più spinte espressioni dell'eroismo e della degradazione, imponga de' limiti alla sua libertà sia in rapporto alle cose che alle persone, non menocchè alla forma delle sue disposizioni. Questi limiti lungi di essere un attentato alla libertà del cittadino che voglia seguire nelle sue liberalità i dettami della coscienza e della ragione ispirati dal sentimento di natura, sono garentia dell'impero di questi sentimenti elevati a precetti legislativi. Il precetto legislativo è di freno alle aberrazioni dell'uomo predominato dalle passioni, e rimedio al mal fatto.

Si è altrove giustificata la sottrazione di una quota di proprietà sulla libera disposizione dell'uomo per costituire con essa la riserva dovuta a coloro che hanno sui suoi beni un diritto indipendente dalla sua volontà (art. 805, 807, 812).

Si è pure giustificata la limitazione imposta alla libera disposizione del proprietario in rapporto agli obbietti della sua liberalità garentendo così non solo la pubblica morale, ma la libertà istessa del cittadino dalle seduzioni, dalle pressioni, dal rago e dall'inganno (art. 762, 763, 764, 771, 773).

Inoltre la teoria della disponibile, e della capacità di ricevere svolte in rapporto ai testamenti è comune alle liberalità compiute sotto la forma delle donazioni.

La donazione ed il testamento han molti punti di contatto. Entrambi sono modi di trasmettere e di acquistare la proprietà, e sono i soli modi di trasmettere ed acquistare a titolo gratuito. La diffe-

renza radicale tra i due modi è questa, che col testamento si dona altrui pel tempo a venire e revocabilmente, con la donazione si dona altrui pel tempo presente ed irrevocabilmente. Il testamento è un atto unilaterale che si compie quando la revocazione di volontà si rende impossibile ed ha il suo effetto alla morte del testatore, la donazione è un atto bilaterale che si perfeziona con l'accettazione del donatario e produce il suo effetto immantinenti. Da tal confronto si ravvisa che i caratteri costitutivi ed essenziali della donazione sono l'attualità, l'irrevocabilità, l'accettazione.

La donazione è un atto di spontanea liberalità, col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta. Art. 1050.

La **spontanea liberalità** è la ragione informante della donazione. **Liberalità** è la negazione del dovere. Essa è sempre là dove non vi è azione precedente e correlativa, sia del resto qualunque il suo movente. È liberalità anche la retribuzione di un beneficio, un premio al merito, una remunerazione, ancorchè s'imponga qualche peso al donatario, quindi

È donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza, o in considerazione dei meriti del donatario, o per speciale remunerazione, e quella pure per cui s'imponga qualche peso al donatario. Art. 1051.

CAPO I.

della capacità di disporre e di ricevere per donazione

223. La teoria della capacità di disporre e di ricevere per testamento è comune alle donazioni. Non può donare chi non può testare, non può esser donatario chi non può essere erede o legatario. L'incapacità sia attiva che passiva annulla il testamento, annulla la donazione ancorchè fatta ad interposte persone. Se non che la incapacità attiva, cioè quella di disporre, nelle donazioni va più in là che nei testamenti. Si può testare a diciotto anni, ma non si può do-

nare in tal periodo di età. La ragione della differenza è nell'indole dei due modi di disporre. Il testamento è essenzialmente rivocabile, ed ordinariamente si fa quando la vita terrena è in pericolo, e sempre con l'animo preoccupato dal pensiero della morte. Con tal preoccupazione di animo difficilmente si affaccia la passione malvaggia, ed in ogni caso vi è sempre luogo al ravvedimento. La donazione all'incontro ordinariamente si fa nel vigore dell'età e della vita, nel bollore delle passioni, spesso è mezzo a malvaggi disegni, e sempre irremediabile nei suoi effetti. Il caso di eccezione, cioè la donazione al coniuge futuro nel contratto di matrimonio permessa allo sposo minore come vedremo a suo luogo, è franco del pericolo temuto per la garanzia proveniente dal consenso di coloro che sono chiamati a consentire al matrimonio (art. 1386).

L'incapacità per difetto di mente è comune ai due modi di disporre, ma nelle donazioni si va più in là, e si dichiara incapace l'inabilitato dal giorno in cui fu promosso il giudizio d'inabilitazione (1).

I coniugi durante il matrimonio sono incapaci di liberalità scambievoli sotto forma di donazione, mentre sono capaci sotto la forma di testamento. La ragione è sempre l'istessa. La donazione spoglia, il testamento promette senza impegno. La donazione è insidiata dalle passioni, il testamento è garantito dal pensiero dell'abbandono della vita (2).

Gli incapaci a ricevere son sempre incapaci, sia che vengano con-

(1) Non può donare

Chi non può far testamento;

L'inabilitato dal giorno in cui fu promosso il giudizio d'inabilitazione, ed il minore sebbene emancipato, salvo le disposizioni particolari relative al contratto di matrimonio. Art. 1052.

Non possono ricevere per donazione, neppure sotto il nome di interposte persone, gli incapaci di ricevere per testamento nei casi e nei modi stabiliti nel capo *Delle successioni testamentarie*. Art. 1053.

(2) I coniugi non possono durante il matrimonio farsi l'uno all'altro alcuna liberalità, salvo negli atti di ultima volontà nelle forme e secondo le regole stabilite per tali atti. Art. 1054.

siderati direttamente o realmente, sia che per giungere fino ad essi si passa per interposte persone, o per simulazione di atto. L'interposizione o la simulazione son sempre cause di nullità delle donazioni (1).

CAPO II.

della forma e degli effetti delle donazioni

224. La forma della donazione è intrinseca o estrinseca. La forma intrinseca, ossia l'indole della donazione, è il risultato complesso di tre momenti: **liberalità spontanea — attualità — irrevocabilità.**

225. **Liberalità spontanea.** In ogni atto di trasmissione di proprietà vi sono quattro termini. Chi dona, **donante** — chi riceve **donatario** — la causa, cioè il movente, il **titolo** — la cosa, cioè l'**oggetto** donato. Quando il movente ha un correlativo qualunque a favore del donante, invano ricerchi la liberalità: l'atto è a titolo oneroso. Per l'opposto quando il movente non ha correlativo alcuno a favore del donatario, l'atto è liberale, a titolo gratuito. Passando a rassegna tutti i contratti, tutte le manifestazioni della libertà umana sulle cose che son fuori di noi, troveremo costantemente una espressione uniforme **dare per ricevere**. Nella sola donazione questa espressione vien meno per l'opposta, **dare senza ricevere**, espressione vera della liberalità.

Va bene inteso del resto che noi versiamo nelle relazioni giuridiche, nella vita del diritto, cioè in un campo di azione ove il movente è sempre l'interesse, cosicchè per usare una espressione suprema diremo l'**atto oneroso** è l'**atto interessato**, l'**atto liberale** è l'**atto disinteressato**, e quindi nella formola dare per ricevere, va inteso trattarsi di un bene effettivo, reale, costitutivo di un

(1) Qualunque donazione a vantaggio di una persona incapace è nulla, ancorchè fatta sotto apparenza di contratto oneroso. Art. 1055.

diritto, e rappresentato sempre come mezzo di conservazione e di svolgimento. Chi dona riceve sempre, riceve se non altro la soddisfazione del bene, la delizia del beneficio, il diritto alla gratitudine ed alla riconoscenza altrui. Ma queste cose son proprie dell'ordine morale, e non han che fare con la vita del diritto.

Donazione suona **liberalità**, disinteresse, trasmissione di diritto senza compenso, movente senza correlativo. Tutto ciò che vizia questa liberalità distrugge l'essenza della donazione o la riveste di un carattere simulato che l'annulla.

L'aggettivo **spontanea** anzicchè avere qui un significato filologico ha una potenza ideologica, per esprimere non già la libertà dell'azione, ma il movente della stessa, non la dazione libera cioè esente da violenza, ma la dazione disinteressata.

226. Attualità. Un'antica massima **donare e ritenere non vale** esprime il secondo carattere intrinseco della donazione, cioè lo **spoglio attuale** di un diritto proprio che si trasferisce in altri. La donazione deve produrre un diritto non una speranza. Ciò non importa però che il donante non possa ritenere il godimento ed il possesso della cosa donata. Ciò che importa sì è che il donatario acquisti un diritto certo, e determinato, poco cale poi che questo diritto sia subordinato a condizione o termine. Da questo principio nasce di conseguenza che

a. È nulla qualunque donazione fatta sotto condizioni impossibili o contrarie alla legge od al buon costume. Art. 1035.

la condizione impossibile fisicamente o moralmente è la manifestazione della volontà negativa di donare. *Ludisse putatur* dicevano i Romani.

b. È nulla qualunque donazione fatta sotto condizioni, la cui esecuzione dipenda dalla sola volontà del donante. Art. 1036.

la condizione potestativa distrugge la realtà del diritto trasmesso, ed è la negazione dell'attualità e della irrevocabilità.

c. È parimente nulla se è stata fatta sotto la condizione di soddisfare ad altri debiti o pesi fuori di quelli che esistevano al tempo della donazione, o specificamente designati nella medesima. Art. 1037.

l'incertezza dell'ammontare del debito porterebbe seco l'incertezza del diritto trasmesso, ed a volontà del donante l'assorbimento del diritto.

d. La donazione non può comprendere che i beni presenti del donante; se comprende beni futuri, è nulla riguardo a questi. Art. 1064.

La donazione dei beni futuri fu molto contrastata in Francia nella giurisprudenza anteriore al codice Napoleone. **Picard** fu il primo a proclamare l'impossibilità di donare tra vivi e presentemente ciò che non esiste. La giurisprudenza abbracciò il principio; **d'Auguessau** lo sanzionò con le ordinanze del 1731, le nuove codificazioni lo ritennero, ed il principio **Picard** giunse sino al nostro articolo 1064.

227. Però le passate legislazioni in via di eccezione riconoscevano la donazione di beni presenti e futuri fatta a contemplazione di matrimonio, tanto a favore dei coniugi che della prole nascitura, donazione riconosciuta sotto il nome di **Istituzione contrattuale**. Questa istituzione introdotta per favorire i matrimoni aveva delle donazioni l'**attualità** e l'**irrevocabilità** circoscritta però a titolo gratuito, imperocchè delle cose donate il donante non poteva più disporre a titolo gratuito se non di piccole somme a titolo di ricompensa o di alimenti. Prendeva dal testamento l'efficacia, cioè il **post mortem** inquantochè il diritto conferito al donatario era sospeso sino alla morte del donante. Obiettivo diretto della istituzione contrattuale era la prole nascitura, la quale acquistava i beni **ex proprio jure** non per trasmissione dei genitori donatori. È agevole comprendere che la istituzione contrattuale era legge di amore e di reciprocanza, una promessa di eredità stipulata con atto tra vivi e posta sotto l'egida della buona fede e della morale. Libero il donante di disporre a titolo oneroso della cosa donata poteva dare con una mano e togliere con l'altra. Tuttocchè irrevocabile per ingratitudine, il donatario era posto nell'alternativa o di esser virtuosamente grato, o di esporsi al pericolo di perder tutto per la forza di un contratto oneroso. **Pisanelli** nel suo progetto di codice abo-

liva l'istituzione contrattuale come quella che rende incerta la proprietà, scema il credito immobiliare, ed altererebbe grandemente l'economia del sistema ipotecario e della trascrizione. Costituisce poi sempre una eccezione non giustificata del principio per cui non si può rinunziare alla facoltà di disporre per testamento, e dell'altro principio per cui non si può disporre dei beni e dei diritti che ancora non sono nel patrimonio. Tutti fecero plauso a queste considerazioni, e la famosa creazione del sistema consuetudinario francese, la istituzione contrattuale fu bandita dalla legislazione italiana.

228. Irrevocabilità. La donazione deve creare nel donatario un diritto certo, e ciò sarebbe impossibile senza l'irrevocabilità. Dare e poter togliere la cosa data è dar nulla. Vi sono però delle eccezioni al principio d'irrevocabilità che svolgeremo tra poco.

229. Questo diritto certo può scendere nel donatario condizionato. Non può imporsi alla liberalità di esternarsi in una misura anziché in un'altra, non può imporsi al donante la modalità del dono. Tutto sta che la modalità sia conciliabile con l'atto, e che il donatario l'accetti. Così si può ben donare e riserbare la facoltà di disporre di **qualche oggetto** compreso nella donazione, e di una **determinata somma** sui beni donati. L'oggetto determinato o nel genere o nella specie, la somma determinata nella sua entità nulla tolgono all'essenza della donazione. Importa che tutto è donato meno l'oggetto riservato. Però come per questo oggetto potrebbe verificarsi il **dare e ritenere**, viene di conseguenza che non disposta la riserba, resta nel patrimonio del donante e passa agli eredi di lui. Il **dare e ritenere** è un impossibile giuridico, e quindi una stipulazione che tendesse a farlo verificare sarebbe nulla (4).

Per la medesima ragione il donante può riservare per se l'uso

(4) Quando il donante si è riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, un tale oggetto od una tale somma appartiene agli eredi del donante, non ostante qualunque clausola o stipulazione in contrario. Art. 1069.

o l'usufrutto dei beni donati, e dopo di lui anche a vantaggio di un' altro o più **insieme**, non mai **successivamente**. La riserva a favore di usufruttuari successivi importerebbe sostituzione vietata. Questa sostituzione non può scorgersi in quella chiamata di un usufruttuario dopo di lui, perchè non si riscontra la doppia trasmissione che costituisce la sostituzione fedecommissaria (1).

Per la forza della condizione risolutiva la donazione si ha come non fatta quando la condizione non si verifica. Così,

Qualunque donazione fatta in riguardo di futuro matrimonio è senza effetto, se il matrimonio non segue.

Lo stesso ha luogo se il matrimonio è annullato; ma la donazione in quanto riguarda i figli rimane efficace nei casi espressi nell'art. 116, e sono pur salvi i diritti acquistati dei terzi nel tempo intermedio. Articolo 1068.

230. Quanto all' obbiettivo della donazione quel che si richiede per l'essenza della donazione è che sia determinato. Nulla osta però a che questo obbietto determinato abbia nella volontà del donante una comprensione più o meno estesa, e fuori della quale non possa estendersi la sua liberalità. Così il donante può fare oggetto delle sue liberalità **Primo** o **Primo** e i suoi figli soltanto, riserbandosi il diritto di riprendersi il dono alla morte di **Primo** in un caso ed alla morte di **Primo** ed i suoi figli nel secondo. L'oggetto della liberalità è determinato, l'attualità e la irrevocabilità sono inviolate, vi è solo una condizione una riserva che non osta all'essenza dell'atto nè ad alcun principio d'ordine pubblico o di moralità. Questa condizione di ritorno stipulata nella donazione dicesi **diritto di riveribilità**. La proprietà, il diritto donato, verificato l'evento si riversa, ritorna nel donante, e per ciò la scuola lo chiama **diritto di ritorno**. L'evento indispensabile a cui si attacca questo ritorno è al

(1) E' permesso al donante di riservare a suo vantaggio e dopo di lui anche a vantaggio di uno o più altri, non però successivamente, l'uso o l'usufrutto de' beni donati tanto mobili quanto immobili Art. 1074.

premorienza del subbietto passivo della liberalità. È questa una istituzione ch'equivale al testamento caducato. Se l'erede istituito o il legatario premuore al testatore non vi è più nè testamento nè legato, nè istituzione di erede. Il disponente è libero di fare com'era pur libero di revocare il suo testamento. La donazione col diritto di ritorno in caso **di premorienza** del donatario al donante si caduca, si annulla verificato l'evento. Però in questo **diritto di ritorno** deve evitarsi tutto ciò che potrebbe indurre all'idea di conservare e restituire, formola fedecommissaria esecrata da tutte le legislazioni civili. Ora nel diritto di ritorno, sostituite al donatario premorto il donante ed avrete un movimento di proprietà circoscritto e determinato nei subbietti che ne godono cioè donatario e donante. Sostituite invece al donatario premorto non il donante ma gli eredi del donante, ed avrete un movimento di proprietà relativo a subbietti indeterminati, con che s'incorre nella sostituzione fedecommissaria, nel conservare e restituire, perchè la premorienza del donatario al donante è un evento possibile ma incerto, la premorienza del donatario agli eredi del donante è un evento certo, e quindi la donazione si ridurrebbe a favore di **Primo**, e dopo di **Primo** agli eredi del donante, locchè importa conservare per restituire. Per evitare questa sostituzione vietata, il patto di ritorno, come diceva in Francia il tribuno **Joubert**, dev'essere **incomunicabile ed intrasmissibile** e da ciò il concetto legislativo che limita il beneficio del ritorno al **solo** donante (1).

L'antica giurisprudenza francese che aveva ereditato dalla romana il diritto di ritorno, lo tenne anche a favore dei figli del donante facendo valere la massima *qui paciscitur sibi haeredique suo pacisci intelligitur*, e non riteneva in ciò una sostituzione fedecommissaria.

(1) Il donante può stipulare la reversibilità degli effetti donati, tanto nel caso che avesse a premorire il solo donatario, quanto nel caso che avessero a premorire il donatario ed i suoi discendenti.

A questo diritto non si fa luogo che a beneficio del solo donante. Art. 1071.

30 — Vol. 3.^o — CALC. Cod.

saria, imperocchè ritenendo gli eredi come rappresentanti del donante, non vedevasi in essi il terzo termine della sostituzione fedecommissaria. In sostanza in quei tempi si era indulgente coi vincoli fedecommissari. Ma il codice declinò dalla giurisprudenza, e generalmente fu seguito dai codici italiani, meno dal Napoletano che nel suo articolo 875 si conservò fedele alla giurisprudenza che aveva comune colla Francia, quando il donatario moriva senza eredi; ma se il donatario aveva eredi e la donazione stipulava il ritorno in caso della premorienza del donatario ed eredi, il ritorno era dovuto al solo donante.

Il codice italiano ha unificato il sistema ha ritenuto il ritorno incomunicabile ed intrasmissibile, ha ritenuto la condizione in contrario come non fatta, senza annullare la donazione (1).

231. L' indole di questo patto di ritorno è una donazione soggetta a condizione risolutiva. La condizione risolutiva avverata rimette la cosa nel patrimonio del donante nello stato in cui era quando n'è uscita. Tutte le alienazioni, pesi, ipoteche che il donatario vi avesse imposto cadono recisamente, ed i terzi che l' avessero acquistato vedrebbero senz'altro risoluto il loro diritto come quello del loro autore. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Però è d'attendersi alle circostanze di fatto che hanno accompagnato la donazione. Se questa donazione fosse stata fatta a contemplazione di matrimonio, i beni donati formano garentia della dote e dei lucri nuziali stipolati nel contratto di matrimonio. In tal caso la garentia sopravvive alla riverzione. È una conseguenza del concorso del donante nelle convenzioni matrimoniali, fatto però che per essere produttivo di effetto deve essere giustificato, o questa giustificazione si ha dal fatto che la donazione è compresa nel contratto di matrimonio donde risultano i diritti ed ipoteche dotali. È allora che il donante assume

(1) Nelle donazioni non sono permesse le sostituzioni, se non nei casi e ne' limiti stabiliti per' gli atti di ultima volontà.

La nullità delle sostituzioni non nuoce alla validità della donazione. Art. 1073.

implicitamente la garentia della dote, dei lucri dotali, e delle convenzioni matrimoniali che hanno per titolo il contratto di matrimonio. Ben vero questa garentia è sussidiaria, cioè chiamata ad effetto semprechè il donatario non ha altri beni per coprirli (1).

232. Infine non è superfluo notare che nelle legislazioni anteriori era riconosciuto il diritto di **riversione legale** a favore degli ascendenti per le cose donate in dote alle loro figliuole e discendenti, o altrimenti donate ai loro figli e discendenti morti senza prole. L'indole di questa riversione legale è ben diversa da quella della riversione convenzionale. In questa si ha una donazione soggetta a condizione risolutiva; in quella una successione privilegiata dell'ascendente sulle cose comunque da lui donate ai discendenti. Come successori essi prendono la cosa come si trova all'epoca dell'apertura della successione. Il codice italiano non ha ritenuta la riversione legale. **Pisanelli** nel suo progetto l'abolì senza neppure considerarla. La commissione Senatoria discusse profondamente la causa del ritorno legale a cui **Pisanelli** col suo acuto accorgimento aveva pur negato gli onori funebri, e movendo dal principio che il ritorno legale è una tradizione romana, ove era rispettato col provvido intento di eccitare e promuovere le liberalità degli ascendenti verso i discendenti, e che i codici Francese ed Italiani l'avevano adottato senza contrasto, si decise di conservarlo e formolava un articolo in questi termini. « *Gli ascendenti, ancorchè non sieno in grado di succedere od abbiano rinunciato alla successione, succedono, ad esclusione di ogni altro, nei beni che abbiano donati ai loro figli anche adottivi, o discendenti, morti senza prole, allorchè i beni stessi si trovino in natura nella eredità, e purchè il donatario non ne*

(1) Il diritto di reversibilità produce l'effetto di sciogliere tutte le alienazioni dei beni donati, e di farli ritornare al donante liberi ed esenti da ogni peso ed ipoteca, ad eccezione dell'ipoteca, della dote, dei lucri dotali e delle convenzioni matrimoniali, quando gli altri beni del coniuge donatario non bastino, e nel caso soltanto in cui la donazione gli fosse stata fatta collo stesso contratto matrimoniale, da cui risultano tali diritti ed ipoteche. Art. 1072.

abbia disposto per qualunque atto, sia a titolo oneroso, sia di liberalità tra vivi o di ultima volontà. Nel caso che i beni siano stati alienati l'ascendente ha il diritto di risuotarne il prezzo tuttora dovuto, e subentra in oltre nell'azione che competesse al donatario per recuperarli. L'ascendente però è tenuto a concorrere al pagamento dei debiti dell'eredità in proporzione dei beni nei quali succede. Questo diritto dell'ascendente donatore non ha luogo ove nella donazione esiste un patto contrario e non pregiudica la parte di successione che gli possa spettare sugli altri beni dell'eredità ».

La commissione coordinatrice incaricata dal Guardasigilli a risolvere l'opposizione tra il progetto **Pisanelli** ed il **Senatorio** si attenne all'abolizione sulla considerazione che il diritto di ritorno convenzionale poteva benissimo attuare tutti i vantaggi del ritorno legale, e con più successo, imperocchè la convenzione eliminava tutte le quistioni cui può dar luogo il ritorno legale.

233. Accettazione. La donazione è un contratto, quindi esige il concorso di due volontà, quella di donare e quella di ricevere. La donazione è perfetta al momento in cui è accettata: l'accettazione è la espressione della volontà di ricevere: *neque donationem nisi acceptione intelligi potest*, diceva **Cicerone**. *In omnibus rebus quae dominium transferuntur, concurrere oportet effectus ex utraque parte contrahentium, nam nisi animus utriusque consentit, perducit ad effectum id quod inchoatur non potest*. Da ciò la conseguenza elevata ad una di quelle regole così precise di cui è ricca la sapienza romana, *non potest liberalitas nolenti adquiri*, massima tradotta dal legislatore italiano con le parole dell'articolo 1057. La donazione non obbliga il donante, e non produce effetto, se non dal giorno in cui viene accettata. Tutte le legislazioni sono concordi su questo principio, ma non tutte si concordano sui caratteri dell'accettazione.

Il diritto romano si contentava della tacita, *non tantum verbis ratum habere posse sed etiam actu*, e dovunque il sistema romano fu ritenuto nella sua purezza, l'accettazione tacita valse la espressa. Il diritto consuetudinario francese riguardava le donazioni con disfa-

vore, e quindi le subordinava a tutti quegli imbarazzi che un sistema di legislazione mette attorno di un atto invisio. Richiedeva l'accettazione espressa e solenne a segno che l'ordinanza del 1731 e la giurisprudenza ritennero nulla per difetto di accettazione una donazione fatta alla presenza del donatario anche quando l'avesse firmata, anche quando si fosse immesso nel possesso della cosa donata senza aver fatto la solenne ed espressa dichiarazione di accettarla. Il codice Napoleone nell'altezza dei principii da cui fu ispirato, non poteva seguire la **sacramentalità** della forma che la scienza a ragione chiamava *barbaro adneru*, ma non osò opporsi alla forza della coscienza pubblica che avversava le donazioni aborrite anche dal **Cujacio**, e quindi abolì la **sacramentalità** ma richiese la accettazione espressa, cosicchè l'accettazione tacita desunta dal fatto del possesso della cosa donata non valse a garantire la donazione per difetto di accettazione. La teoria francese scese in Italia ove fu ritenuta la necessità dell'accettazione espressa in qualunque modo si, ma esclusi gli equipollenti.

La ragione è radicale ed applicabile a tutti i rapporti convenzionali. I Romani chiamavano il contratto *duorum in idem placitum consensus*. Ma noi esigiamo di più: noi vogliamo l'incontro delle due volontà in un medesimo obbietto. Il nostro sistema è l'omaggio più solenne che possa farsi al principio di libertà. L'uomo è libero eminentemente, e questa facoltà è limitata soltanto dal diritto altrui concorrente, e garantito o dalla natura o dalla convenzione. Qui siamo nel campo delle convenzioni, e quindi il diritto altrui sorge dal momento che la mia volontà di dare resta vincolata dalla volontà altrui di accettare. Finchè questa volontà che vincola la mia non è pervenuta a mia conoscenza io non riconosco vincolo alla mia volontà, e posso semprechè mi piace rivenire sulle mie volizioni, volere cosa anche contraria alla prima. La donazione e l'accettazione sono due atti di volontà che si debbono compenetrare. Sono come due corpi omogenei che si attraggono e divengono un corpo solo; l'unicità avviene nel momento in cui l'uno si compenetra nell'altro e l'altro nell'uno. Il donante esprime la volontà di donare, il donatario conscio della volontà del donante esprime la sua volontà di accettare, ed in

quanto a lui sarebbe un fatto compiuto, ma il donatario ha bisogno di più; ha bisogno che la volontà del donatario ritorni e si compenetri con la sua, e da quel momento ch'egli l'apprende, la sua volontà è unificata con quella del donatario, e quindi inseparabile, incommutabile, irrevocabile. Questo processo ideologico è espresso dalla legge con le parole *la donazione non ha effetto se non dal giorno in cui è notificata al donante l'atto di accettazione*.

Ora questa accettazione può farsi nell'atto stesso della donazione o con atto posteriore. Nel primo caso l'accordo e la commutazione delle due volontà è successivo ed istantaneo, e la donazione è perfetta. Fatta con atto posteriore, l'incontro delle due volontà avviene nel momento della notificazione dell'atto di accettazione. Ciò spiega perchè l'atto di accettazione dev'esser fatto prima della morte del donante. L'incontro e la compenetrazione delle due volontà sarebbe altrimenti impossibile. Così dilucidato è chiaro il concetto legislativo in fatto di questo carattere sostanziale della donazione, l'accettazione:

La donazione non obbliga il donante, e non produce effetto, se non dal giorno in cui viene accettata.

L'accettazione può esser fatta nell'atto stesso, o con atto pubblico posteriore, prima però della morte del donante; ma in quest'ultimo caso la donazione non ha effetto, se non dal giorno in cui è notificato al donante l'atto di accettazione. Art. 1057.

234. Questa accettazione è un atto della più alta importanza, ed indipendentemente dalla sua intrinseca entità è l'esercizio di un diritto civile. Può esser fatto in conseguenza soltanto da coloro che godono dell'esercizio dei diritti civili, o da coloro che hanno la giuridica rappresentanza del donatario, che per una delle cause modificatrici di capacità non gode direttamente dell'esercizio dei diritti civili, quindi;

Se il donatario è in età maggiore, l'accettazione deve essere fatta da lui, o in suo nome da persona munita di procura per atto autentico esprimente la facoltà di accettare la fattagli donazione o la facoltà in generale di accettare donazioni. Art. 1058.

La donazione fatta ad un minore non emancipato o ad un interdetto sarà accettata dal padre o dal tutore.

La madre benchè sia ancora in vita il padre, e gli altri ascendenti benchè siano ancora in vita i genitori, possono accettare la donazione fatta al minore o all'interdetto, quantunque non ne siano tutori; ma in tali casi è necessaria l'autorizzazione del tribunale civile.

Lo stesso ha luogo quando la donazione sia fatta dal padre o dal tutore, con facoltà in ogni caso al tribunale di nominare per tale accettazione qualunque altra persona.

Le donazioni in favore dei nascituri da una determinata persona vivente possono essere negli stessi modi accettate dal padre, dalla madre, dall'avo o da qualunque altro degli ascendenti.

Il minore emancipato ed il maggiore inabilitato può accettare la donazione col consenso del curatore. Art. 1059.

Le donazioni fatte ai corpi morali non possono essere accettate, se non coll'autorizzazione del governo menzionata nell'articolo 932. Art. 1060.

235. La donazione non accettata, o accettata fuori i modi legali è nulla. Il donante i suoi eredi ed aventi causa non sono obbligati da essa e possono opporre la nullità (1). Questa nullità colpisce ancora i donatari minori o interdetti ai quali, così pregiudicati, non resta che il regresso contro coloro che avevano l'obbligo di accettare per loro (2).

236. Per quanto è rigorosa la legge nel richiedere l'accettazione espressa per la esistenza di una donazione ordinaria, altrettanto è larga e benigna per le donazioni fatte a contemplazione di **un determinato futuro matrimonio**, sia essa fatta tra gli sposi o da altri a favore loro, o a favore della prole nascitura da essi. Per tali donazioni è ammessa l'accettazione tacita. È un favore accordato al fattore delle famiglie, bazi dell'edifizio sociale. Fatte a contem-

(1) Se l'accettazione non è fatta nei modi stabiliti negli articoli precedenti, la nullità della donazione può essere opposta anche dal donante, da' suoi eredi od aventi causa. Art. 1061.

(2) I minori, gli interdetti, e qualsivoglia altro donatario non sono restituiti in intero per la mancanza di accettazione delle donazioni, salvo il regresso contro chi aveva l'obbligo dell'accettazione. Art. 1063.

plazione di matrimonio sono accettate di fatto con la celebrazione del matrimonio. Poco monta che queste donazioni siano comprese nei capitoli matrimoniali o con atto separato e precedente. Si faceva di ciò questione nelle passate legislazioni, ma il codice italiano l'ha troncata con le parole **in riguardo di un determinato futuro matrimonio**. E la parola determinato esprime che non basta un futuro matrimonio per fare entrare l'accettazione nella disposizione eccezionale, ma è necessaria la **determinazione** del matrimonio futuro, cioè tra Tizio e Caia.

237. La donazione debitamente accettata è perfetta fra le parti, e la proprietà degli effetti donati si trasferisce nel donatario senza bisogno di tradizione (1).

238. La donazione non è possibile altrimenti che nella forma pubblica:

Tutti gli atti di donazione debbono essere fatti per atto pubblico, altrimenti sono nulli. Art. 1056.

E la nullità è assoluta, di ordine pubblico, poichè può essere opposta anche dal donante.

Vari sistemi però dominarono circa la forma delle donazioni. L'antico diritto romano scorgendo nella donazione una istituzione che tendeva a render vano l'importantissimo diritto del **civis romanus** la **testamenti factio** esigeva forme imbarazzanti per un atto odiato, ma **Giustiniano** che non aveva più davanti a sé che una larva del **jus quiritum**, si contentò della **nuda conventio** e senza necessità di tradizione o stipolazione per ritenere valida una donazione.

(1) La donazione debitamente accettata è perfetta tra le parti, e la proprietà degli effetti donati s'intende trasferita nel donatario senza necessità di tradizione.

Le donazioni fatte in riguardo di un determinato futuro matrimonio, sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore degli sposi o della prole nascitura dai medesimi, non possono essere impugnate per mancanza di accettazione. Art. 1062.

Cujacio stigmatizzò il sistema di **Giustiniano** a cui imputava di aver trattato con troppa leggerezza un atto gravissimo tra gli atti della vita civile, che bene spesso può essere il frutto della imprudenza di chi lo compie sotto l'impero delle seduzioni e degli artifizii di chi ne profitta. La Francia tenne in uggia la donazione, e la circondò di forme imbarazzanti che non furono totalmente distrutte dalla riforma. Fra i codici italiani taluni seguirono la riforma francese, ma il Subalpino tenne all'antico rigore, e richiedeva l'intervento del magistrato per l'approvazione o il rifiuto di una donazione, dietro una indagine sul movente della liberalità. **Pisanelli** vide a ragione nel sistema subalpino una esagerazione troppo oltre spinta della tutela legislativa, lo disse erroneo, violento, contrario al diritto del cittadino, incompatibile con i principii che informano la legislazione italiana, fece buon viso al sistema Giustiniano pel suo spirito di libertà, tenne di mira la riforma francese, e mettendosi in una via di mezzo tra gli opposti sistemi, volle per le donazioni la forma pubblica sì perchè è in relazione con quella richiesta per i contratti matrimoniali a' quali ordinariamente si associano le donazioni, sia perchè nell'uffiziale pubblico stipulatore si trova una maggior garentia per il donante contro qualsiasi violenza o sorpresa.

239. Questa forma pubblica richiesta a pena di nullità, eleva l'atto pubblico a carattere sostanziale della donazione, così che non è a ritenersi prescritto **ad probationem**, ma **ad substantiam**.

Pisanelli aveva formulato il suo articolo così: *tutti gli atti di donazione debbono essere fatti per atto pubblico altrimenti sono nulli*. Dunque, si diceva in seno della commissione senatoria, vi possono essere donazioni valide senz'atto che le contenghi, come p. e. tutte le donazioni **brevi manu**. E vecchia era nelle scuole e nel foro di Francia e d'Italia la quistione sulla validità dei doni manuali, quistione che poteva ritenersi risolta con l'articolo del progetto **Pisanelli**. La quistione dei doni manuali col sistema economico dominante di mobilitzare la proprietà il più che si possa, fu considerata una quistione serissima da portarsi a discussione. Si propose quindi di emendarsi l'articolo **Pisanelli**, e dire invece: *tutte le donazioni debbono essere fatte per atto pubblico altrimenti sono nulle*. E per non

includero anche le donazioni manuali di poco conto nella necessaria forma pubblica, locchè non valeva certo la pena, si propose di aggiungere all'articolo un' alinea: *sono eccettuati i doni di cose mobili non eccedenti il valore di lire 500*, limitazione che trovava riscontro nell'articolo 1087 del codice Estense.

Passato l'articolo senatorio all'esame della commissione coordinatrice si elevò la quistione sulla convenienza o meno di ritornare al sistema **Pisanelli** lasciando alla giurisprudenza il carico di determinare secondo i casi la validità dei doni manuali sul criterio del loro valore ragguagliato allo stato di fortuna ed alla condizione del donante. **Precerutti** proponeva adottare l'articolo senatorio togliendo il capoverso e vi aderiva il **De Foresta**, poichè nello spirito della legge non possono essere compresi nella espressione di **dono manuale** se non quei doni che sono di semplice uso, come dimostrazione di effetto o di gratitudine, e dipendendo la estimazione di questi dal criterio del valore ragguagliato allo stato di fortuna del donante era bene lasciarlo al potere del magistrato. **Precerutti** aderendo all'idea data dal **De Foresta** ai doni manuali propose il ritorno al sistema **Pisanelli** nel quale subordinando l'esistenza della donazione all'atto pubblico, si lasciava alla giurisprudenza decidere secondo i casi, se un dono manuale fosse da qualificarsi o dono di uso o vera donazione.

Pisanelli aderì all'articolo senatorio con soppressione dell'inciso, ma domandava farsi risultare dal processo verbale il concetto che la legge richiedendo per ogni donazione l'atto pubblico, intendeva esentare da tal forma quei doni che la giurisprudenza ha finora considerato come semplici doni manuali. La commissione deliberò adottarsi la proposta **Pisanelli**. Il guardasigilli posto tra i due sistemi opinò e ritenne che il sistema **Pisanelli** senza altro era troppo, lasciando tutta la proprietà mobiliare in balia della libera disposizione del proprietario senza il freno di una forma, donde possibili gli abusi, la frode, le violenze, i ragiri. Considerò che il progetto senatorio senza l'inciso moltiplicava i vincoli ed inceppamenti al movimento della proprietà, e con l'inciso s'incorreva negli inconvenienti di un fatto improvvido quanto era quello di fissare a priori un **maximum** che

mal poteva provvedere alla infinita varietà dei casi e degli accidenti che richiedono diversità di misura; che questo compito è più a portata e proprio della giurisprudenza, adottò quindi il progetto **Pisanelli** con le spiegazioni date dalla Commissione.

Da tutto ciò si rileva che il sistema legislativo vigente sulla forma delle donazioni è questo. Tutti gli atti di donazione debbono essere fatti per atto pubblico altrimenti sono nulli. È valido il dono manuale di mobili anche senz'atto di donazione, quando considerato nel suo valore ed in rapporto alla condizione del donante, può essere ritenuto come dono di uso, espressione di affetto e di gratitudine, estimazione lasciata tutta al compito del magistrato.

240. Quanto alla donazione di cose mobili è richiesta come condizione di validità la certezza del valore donato da risultare dall'atto stesso o da una nota sottoscritta dal donante o da altri per lui, ed unita all'originale dell'atto (1).

Questa determinazione di valore dei mobili donati è della più alta importanza e come diceva **Troplong** interessa tutti. L'erede riservatario perchè interessato a fissare la quota disponibile; il donante pel caso di revocazione; il donatario perchè conosca ciò che prende e non resti a volontà del donante diminuire la liberalità ed anche renderla illusoria; i creditori del donante per sapere ciò che si è distratto dal patrimonio che forma la loro garanzia. E perchè i mobili si consumano con l'uso,

Se la donazione di cose mobili è stata fatta con riserva d'usufrutto, questo cessando, il donatario è tenuto a ricevere gli effetti donati che si trovassero in natura nello stato in cui saranno, od ha azione contro il donante o i suoi eredi per gli effetti non più sussistenti sino alla con-

(1) Qualunque donazione di cose mobili non è valida, che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto stesso della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal notaio, e dal donatario o da chi accetta per esso se interviene all'atto: la nota sarà unita all'originale della donazione. Art. 1070.

correnza del valore ad essi attribuito nell'atto della donazione, eccetto che siano periti per solo caso fortuito. Art. 1076.

241. Si è domandato se il donante è obbligato a garentia verso il donatario per le cose donate. La donazione è un atto di liberalità. Dunque vi è nulla da garentire. Il donatario è libero di accettare o meno. Evitto non può rivolgersi al benefattore per indennizzarlo del beneficio. Ma dato che il donante con la sua donazione avesse costituito una dote, dato che al dono avesse aggiunta la garentia, dato che l'evizione sia effetto del dolo o del fatto personale del donante, dato infine che la donazione imponga degli oneri al donatario è ben chiaro che in tutti tali casi il donante non può esimersi dagli effetti della garentia.

Diremo a suo tempo, che la costituzione di dote incarnandosi con la costituzione della famiglia, vuol essere considerata con troppo favore da un savio sistema di legislazione. Non è possibile che colui che costituisce una dote possa sbrigarsene così alla leggiera con una costituzione efimera. Per la stipulazione espressa basta cennare che la garentia nasce dal vincolo della convenzione — Il dolo, il raggiro, il fatto personale che produce l'evizione della cosa donata è una immoralità che vuol essere riparata col risarcimento — La donazione che impone degli oneri è accettata dal donatario in vista dei vantaggi che la donazione presenta, e che debbono compensare quelli oneri. È giusto che questa posizione sia mantenuta. Del resto va bene inteso che il donante può stipolare la sua irresponsabilità, ed in tutti i casi, ed allora il donatario che accetta non avrebbe di che dolersi (1).

(1) Il donante non è tenuto a garentia verso il donatario per l'evizione che questi soffra delle cose donate.

Questa regola però, oltre il caso espresso nell'articolo 1396, cessa,

1.º Quando il donante abbia espressamente promesso la garentia;

2.º Quando l'evizione dipenda dal dolo o dal fatto personale del donante;

3.º Quando trattisi di donazione che imponga oneri al donatario, nel qual caso la garentia è dovuta soltanto sino a concorrenza dell'importare degli oneri. Art. 1077.

242. È risaputo che non vi è diritto senza subbietto di diritto. Subbietto è personalità giuridica. Beneficii semplici, cappellanie laicali ed altre simili fondazioni non possono essere subbietti di diritto, quindi,

E nulla la donazione che ha per oggetto d'istituire o dotare benefici semplici, cappellanie laicali od altre simili fondazioni. Art. 1075.

CAPO III.

della revocazione delle donazioni

243. L'irrevocabilità è carattere sostanziale delle donazioni. Ma la ragione istessa della irrevocabilità giustifica l'eccezioni. Non vi sarebbe serietà in un atto di liberalità, se potesse togliersi con una mano ciò che si è dato con l'altra. Ma vi sarebbe difetto di serietà, ed immoralità se il donatario si facesse scudo della irrevocabilità, per trascurare i doveri impostigli dalla natura e dalla convenzione. La natura impone al beneficiario la gratitudine e fa della riconoscenza un precetto razionale.

Diritti e doveri son termini correlativi. Uno è inconcepibile senza dell'altro, e colui che sprezza il suo dovere, distrugge il titolo del suo diritto. Egli è perciò che razionalmente l'inadempimento del dovere è causa risolutiva del diritto, in altri termini l'inadempimento del dovere è condizione risolutiva della convenzione ch'è titolo del diritto. La legge positiva sanziona questi precetti della legge razionale, e stabilisce che *la condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui uno delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione*, ed applicando questo principio generale alle donazioni costituisce due cause di revocazione — la condizione risolutiva — l'ingratitude.

Queste due cause di revocazione furono riconosciute da tutte le

legislazioni, sempre e dovunque. Avvien di rado che un precetto di legge razionale sia respinto da una legge positiva, ma nessuna più di questa ha il pregio della cosmopolità.

244. La terza causa di revocazione è uno di quei precetti che non hanno la loro genesi in un fatto reale di natura, ma sorgono da una presunzione che razionale per quanto si voglia, non cessa di essere una apprezzazione, e quindi il dedotto di un calcolo di convenienza, un precetto di utilità anzicchè di rigorosa giustizia. Si è detto: la donazione è una liberalità una espressione di amore. L'amore è un sentimento che sta in ragion diretta dei vincoli del sangue, non può presumersi che si voglia esser liberale verso i terzi quando si hanno dei figli. Nessun vincolo di amore più forte della paternità. Non può ritenersi che la liberalità fatta da uomo senza figli si sarebbe fatta egualmente in costanza di essi. Dunque la sopravvenienza dei figli è causa di revocazione.

Questa giustificazione della causa di revocazione dice poco.

Qual'è il titolo di questo precetto? L'amore: ma nessuno più forte amore che quello di se stesso, neanche quello dei figli. Se il donante preferisce il terzo a se stesso, perchè si spoglia attualmente ed irrevocabilmente del suo a favore di lui, è a presumersi che lo avrebbe a maggior ragione preferito ai suoi figli. Bisogna trovare altrove la giustificazione di questa causa di revocazione.

Questo uomo senza figli padrone assoluto delle sue sostanze, libero di dare ad altri quel ch'è suo, dopo la donazione costituisce la sua famiglia, ha dei figli, ha di fronte una serie di doveri che non aveva al tempo della liberalità. Sarà egli inesorabilmente legato dai suoi precedenti, o non conviene piuttosto venire in soccorso della nuova famiglia e sollevarla da una posizione dannevole ed odiosa? D'altronde ammessa come istituzione giuridica la revocazione per sopravvenienza di figli, il donatario sa bene di acquistare sotto una condizione risolutiva ed accettandola così, non può dolersi di un evento prevedibile. Questa istituzione fondata più che sulla giustizia sull'interesse della nuova famiglia, sul principio di utilità e di convenienza sociale, ha più base di quella che gli dà una presunzione di amore. La legislazione positiva riconosce in questa terza causa di revocazione

l'opera sua. È perciò che questa causa non è accolta da tutte le legislazioni o non è egualmente approvata, ed ha trovato nella scienza i suoi oppositori.

245. Essa ha origine da una risposta dagli imperatori data ad un prefetto di città in occasione della donazione fatta da un patrono al liberto. *Si unquam libertis patronus, filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuit donatione largitus, et postea suscepit liberos, totum quidquid largitus fuit revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac dictione mansurum.* La giurisprudenza risalì sino alla causa, e l'applicò alle donazioni tutte. L'ordinanza del 1731 da prima e poi il codice francese, e la giurisprudenza tradizionale in Italia non meno che le varie legislazioni tennero la legge **si unquam**, tuttoché **Voet, Donello** e **Vinnio** le negano la patente di legittimità. Il codice italiano la mantenne, cosicché oramai ogni donazione tra vivi fatta da un uomo senza figli contiene in se implicitamente la condizione risolutiva *si liberos non suscepit*.

La donazione può rivedersi per effetto della condizione risolutiva, per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli. Art. 1078.

246. La sopravvenienza di figli e la ingratitude sono condizioni risolutive, quindi rientrano nella prima causa di revocazione, e tutte tre hanno un fondamento, una ragione medesima. Perché far tre cause di revocazione e non una? perché differentissimi ne sono gli effetti.

La condizione risolutiva qualunque sia risolve il diritto del donatario sulla cosa donata ed i beni ritornano al donante. *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.* Questo effetto è comune a tutte le cause risolutorie, ma la sua entità è varia secondo l'indole delle condizioni.

Vi sono delle condizioni risolutive **preventivamente stabilite** e riposte nell'avveramento di un fatto indipendente al tempo stesso dalla volontà del donante e del donatario. Ve ne sono delle altre le quali non sono previste né stabilite e dipendono in qualche modo dalla volontà delle parti. Le prime si possono e si debbono conoscere dalle parti, perchè fan corpo con la donazione, sono espresse

nell'alto, sono causa **primeva et antiqua** di risoluzione come dicevano i romani, ed in conseguenza il donatario che l'accetta, sa di acquistare un diritto risolubile: e come nessuno può trasferire in altri maggior copia di diritto ch'egli ha, è chiaro che risoluto il suo diritto si risolve in tutta la sua entità anche quello ch'egli aveva concesso ad altri, i quali non potevano ignorare la condizione di colui con cui contrattarono, e quindi

Verificandosi la condizione risolutiva apposta alla donazione, i beni donati ritornano in potere del donante liberi da qualsiasi carico e da qualunque ipoteca imposta dal donatario, e il donante ha contro i terzi detentori degli immobili donati tutti i diritti che avrebbe contro il donatario medesimo. Art. 1079.

Le altre condizioni risolutive sono fatti non preveduti nell'atto della donazione, ed in qualche modo dipendenti dalla volontà delle parti. Di queste condizioni i terzi non possono preoccuparsi, imperocchè contrattando col donatario, contrattano con la convinzione che egli avrebbe adempito ai suoi doveri. Se per avventura ciò non avviene, ed il diritto si risolve, i terzi sono al coperto degli effetti, ed il donante sarebbe obbligato a rispettare il fatto loro. Tale sarebbe il caso d'una risoluzione per causa d'inadempimento dei pesi imposti al donatario: quindi,

Se la condizione risolutiva, espressa o tacita, si verifica per causa d'inadempimento dei pesi imposti al donatario, il donante può proporre la domanda di revocazione della donazione, senza pregiudizio però dei terzi che hanno acquistati diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda. Art. 1080.

Però dal momento in cui si facesse noto a tutti che il donatario è incorso nella causa di revocazione, tutti i diritti acquistati posteriormente a questa notificazione subirebbero la stessa sorte dei diritti acquistati sotto l'influenza della condizione risolutiva prevista ed apposta nella donazione. Questa notificazione si fa mediante la trascrizione della domanda di risoluzione proposta dal donante. Diremo a suo luogo cosa importa la trascrizione degli atti e come si fa. Ba-

sta per ora conoscere che l'ufficio di trascrizione è un ufficio di pubblicità. L'atto trascritto è un avviso a chi spetta che una determinata condizione giuridica si è avverata. Chi contratta dopo questo avviso riconosce la condizione giuridica già verificata e ne subisce gli effetti. Egli è sotto l'influenza della massima *nemo potest in alium transferre plusquam ipse habet*.

247. È una quistione agitata tra i pubblicisti se convenga elevare la ingratitudine a reato, a somiglianza dei Medi e degli Ateniesi ed altri popoli della civiltà orientale. **Seneca** che per altro su questo argomento era pessimista a segno di dire *vuoi un ingrato? benefica*, ha imposto, direi così, alla civiltà latina la risoluzione negativa esagerando la difficoltà nell'equazione della pena al reato. Le legislazioni tutte della nuova civiltà hanno abbandonato la pena della ingratitudine alla coscienza dei popoli, ma tutte han convenuto essere una mostruosa immoralità mantenere la donazione all'ingrato. Non tutte però sono uniformi ad assegnare le cause d'ingratitudine. Il diritto romano ne segnava cinque, il codice napoleone ne ritenne tre e tutti i codici posteriori lo seguirono.

La revocazione per causa d'ingratitudine non può essere proposta che nei seguenti casi:

Se il donatario abbia attentato alla vita del donante;

Se siasi reso colpevole verso di lui di altro crimine sevizioso od ingiurie gravi;

Se gli neghi indebitamente gli alimenti. Art. 1081.

248. Queste cause se si pareggiano negli effetti, diversificano quanto alla valutazione della potenza risolutiva. L'**attentato alla vita**, il **crimine** qualunque sia non presenta difficoltà nell'estimazione. La teoria penale viene in soccorso della civile, l'azione penale diverrebbe pregiudiziale alla civile, il giudicato penale costituirebbe titolo all'azione civile per la revocazione. Pur non di meno non si lascia di quistionare su i diversi casi quantunque la legge è pur troppo precisa. L'attentato alla vita, l'omicidio a difesa è causa di ingratitudine? Il marito che sorprende in adulterio la moglie e l'uccide può esser convenuto per revocazione di donazione riportata, a

causa d'ingratitude? Non è del mio lavoro fare del diritto controverso ma trovo opportuno cennar di volo che la parola **attentato**, **crimine** usata dalla legge non permette quistioni siffatte. L'attentato è un fatto di azione spontanea non provocata, e l'omicidio del coniuge adultero colto in flagranza nel sistema del codice penale è un delitto, non un crimine. Del resto trovo egregiamente espressa dalla sapienza romana questa causa di revocazione *si manus impias inferat* sul donante, e non saprei ritenere con **Merlin** e **Troplong** come giusta causa di revocazione l'omicidio del coniuge colto in adulterio.

Le **sevizie**, **ingiurie gravi** considerate come causa di revocazione non sono definite dalla legge. Dicemmo altrove che la legge in taluni casi non può far di meglio che affidarsi al criterio dei suoi custodi. I magistrati a seconda delle condizioni dei tempi e dei luoghi potranno ben valutare qual fatto o detto costituisca sevizia, ingiuria grave, causa di revocazione.

Il **niego di alimenti** non può neanche creare imbarazzi nella applicazione. La legge ha completamenie organizzata la teoria degli alimenti. Esaurita la scala degli obbligati, pervenuto il dovere al donatario, se li ricusa incorre nella causa di revocazione per ingratitude.

249. La parola della legge però lascia luogo ad una seria quistione agitata sempre nella scuola e nel foro, e che il legislatore italiano avrebbe dovuto troncare come ha fatto di moltissime altre. Lo attentato alla vita del coniuge o dei figli del donante, il crimine, le ingiurie gravi, le sevizie commesse sulle loro persone autorizzerebbero il donante all'azione di revocazione?

La sapienza romana diceva *patitur quis iniuriam non solum per semetipsum sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam*. Nulla più ragionevole di ciò. Ma la quistione si è agitata anche dopo questa massima, ed era grave abbastanza per richiamare l'attenzione dei nostri legislatori anche per i precedenti storici sulle cause d'ingratitude.

La storia del diritto romano c' insegna che nell' antico diritto l'ingratitude non era riconosciuta come causa di revocazione delle

donazioni. Fu l'imperatore **Comodo** per il primo che con suo rescritto tolse il beneficio della libertà ai liberti ingrati. **Diocleziano** e **Massimiano Galeriano** e **Costanzo** più tardi riconobbero come causa di revocazione delle donazioni paterne la ingratitudine dei figli. Più tardi ancora la revocazione per tal causa fu applicata per le donazioni materne, e quindi per quelle degli ascendenti, e finalmente **Giustiniano** nel 530 era comune, l'estese a tutte le donazioni, e con la legge **generaliter** stabilì cinque casi d'ingratitudine cioè *ita ut iniurias atroces in eum effundat — vel manus impias inferat — vel jacturae molem ex insidiis suis ingerat quae non levem sensum substantiae donatoris imponat — vel vitae periculum aliquod ei intulerit — vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi insitas, sive sine scriptis habitas quas donationis acceptor sponduit, minime implere voluerit.*

Questa legge formò il massimo della progressione ascendente delle cause d'ingratitudine conservata dall'antica giurisprudenza, quando il codice napoleone restrinse le cause a tre: attentato alla vita del donante — sevizie, delitti, ingiurie gravi — rifiuto d'alimenti.

È noto che nel linguaggio del diritto penale francese delitto è termine di genere e corrisponde al nostro vocabolo reato. Il legislatore italiano sostituendo al vocabolo francese **delitto** la voce **crimine**, ha già ristretto ancor più le cause d'ingratitudine, locchè lascia ad argomentare che il legislatore italiano guarda l'ingratitudine men severamente che quel ch'è riguardata nel sistema del diritto francese, e nella giurisprudenza dei due paesi. Riconosciuti come cause di revocazione per ingratitudine il crimine e l'ingiuria verso il donante pare che debba ritenersi tale ancora il crimine e l'ingiuria sulla persona del coniuge e dei figli di lui: alto motivo di moralità sostiene questa opinione. Quale orrore veder ricco per le liberalità proprie l'assassino della moglie e del figlio? Qual differenza tra lo attentato ed il crimine in persona del donante e quello in persona del coniuge o della prole, autorizzerebbe tanta diversità di effetto nell'uno caso e nell'altro? Ma la legge tace, e trattandosi di disposizione ristrettiva di diritto, la interpretazione estensiva non è permessa.

250. In tutti i fatti d'ingratitude poi possono riscontrarsi due offese una alla persona, una all'ordine pubblico ed alla morale.

Nel sistema legislativo le offese alla morale sono lasciate sotto la punizione del rimorso e della pubblica opinione. L'offesa all'ordine pubblico è punita dal codice penale. L'offesa privata appartiene all'individuo. Egli può provocare l'azione penale e può abbandonarla al rappresentante della legge. Il perdono è un precetto di morale. La legge positiva non invade il campo della morale, non impone sul cuore dell'uomo, non può negare a chicchessia la soddisfazione del perdono. Ciò da un lato. Dall'altro: verificata una causa d'ingratitude la proprietà costituente la donazione diviene precaria nelle mani del possessore. La legge abborre le posizioni precarie. Da questi principii ne discende che la legge lasciando al donante la scelta tra l'azione di revocazione ed il perdono, esige che la condizione precaria si risolva nel minor tempo possibile, e quindi colpisce l'azione di revocazione con la prescrizione di un anno.

Abbandonata al donante la scelta tra l'azione ed il perdono è chiaro che niuno può arrogarsi il diritto di agire per lui. Intentata dal donante può proseguirsi da suoi eredi, non intentata dal donante morto infra l'anno della prescrizione è un'azione che cade in successione come ogni altra e quindi in dominio degli eredi. In ogni caso l'azione di revocazione è una pena della ingratitude la quale è un fatto del donatario: *poene tenent auctores suos*; quindi l'azione di revocazione non può intentarsi che contro il donatario. I suoi eredi sono innocenti del suo fatto, e punire gl'innocenti è alta immoralità (1).

Ma che dire se gli eredi fossero conrei o complici dell'atten-

(1) La domanda di revocazione per ingratitude deve essere proposta entro l'anno dal giorno del fatto che vi dà luogo o dal giorno in cui il donante ha potuto averne notizia.

Tale domanda non può proporsi dal donante contro gli eredi del donatario nè dagli eredi del donante contro il donatario, eccetto che l'azione in quest'ultimo caso sia stata promossa dallo stesso donante od egli fosse mancato di vita entro l'anno dal fatto avvenuto. Art. 1082.

tato o del crimine costituente l'ingratitude? Il donatario ed i suoi figli attentano alla vita del donante costui si difende uccide il donatario. Può domandare la revocazione della donazione contro i figli? A noi pare che la sua azione non potrebbe esser respinta; complici nel crimine non possono andar disgiunti nella pena.

251. Si è fatta già di sopra la storia della terza causa di revocazione, la sopravvenienza di figli: si è precisata l'indole di questa istituzione giuridica. La nascita di un figlio è causa di revocazione. Ma i figli son legittimi o naturali, naturali semplici e legittimati. Non può esservi dubbio che la sopravvenienza di un figlio legittimo sia causa di revocazione. Poco monta che questo figlio sia postumo, purchè nato vivo e vitale egli fa risolvere la donazione. Ma il dubbio principia a sorgere in rapporto ad un figlio naturale. Ma ricordiamo che la revocazione per sopravvenienza è una istituzione giuridica introdotta in favore della famiglia la quale ha capo nel matrimonio, e non può applicarsi ad esseri che son fuori della famiglia civile. Che però nell'interesse della morale, la legge positiva assimila i legittimati per susseguente matrimonio ai legittimi. Conseguente a se stessa, doveva equipararli anche nel rapporto della revocazione della donazione, quando però fossero nati dopo la donazione. La sopravvenienza è l'elemento indispensabile di questa istituzione che si permette attentare al principio della irrevocabilità per un motivo determinato, oltre del quale non vi è altro che rimettersi alla legge comune. E pure le parole della legge *purchè sia nato dopo la donazione* non sono scritte a caso. Esse alludono alla controversia secolare tra la scienza che sosteneva non doversi considerare l'epoca della legittimazione ma quella della nascita del figlio naturale per darsi luogo all'azion di rescissione, e la giurisprudenza che si atteneva invece all'epoca della legittimazione, la quale **jure regenerationis** equiparava il legittimato al legittimo ed operava la revocazione.

Non meno dibattuta fu nella scienza la questione, se la donazione fatta da colui che aveva figli naturali fosse revocabile per sopravvenienza di figli legittimi. Ma qui con provvido consiglio il legislatore italiano variando la dizione degli antichi codici con l'aggiunzione del qualificativo **legittimi** alle parole *le donazioni fatte*

da persone che non avevano figli o discendenti viventi al tempo della donazione, ha troncato la quistione.

La sopravvenienza di prole rinvoca la donazione. Ma data una donazione reciproca, se una si rinvoca per sopravvenienza di figli che ne sarà dell'altra? Anche questa quistione fu sciolta dal codice italiano.

Le donazioni fatte da persone che non avevano figli o discendenti legittimi viventi al tempo della donazione, possono essere rinvocate per la sopravvenienza di un figlio legittimo del donante, benchè postumo, che sia nato vivo e vitale, o per la legittimazione di un figlio naturale per susseguente matrimonio, quando però sia nato dopo la donazione.

Ove si tratti di donazioni reciproche, la rinvocazione della donazione per la sopravvenienza di prole ad uno dei donanti produce anche la rinvocazione della donazione fatta dall'altro. Art. 1083.

253. Nessun dubbio poi che per gli antichi codici la sopravvenienza dei figli era causa assoluta di revocazione la quale si operava **ipso iure**. Tale pure la riteneva il progetto **Pisanelli**, e quello **Senatorio**. Grave quistione surse in seno della Commissione coordinatrice in occasione degli effetti che la rinvocazione per sopravvenienza di figli doveva produrre in rapporto ai terzi. Si riteneva conseguenza legittima dei principii regolatori del movimento della proprietà, che la rinvocazione per ingratitudine e sopravvenienza de' figli non potesse pregiudicare i terzi che avessero acquistato diritto sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rinvocazione, principio ch'era ritenuto nell'articolo 1059 del progetto ministeriale e 1121 del progetto senatorio uniformi all'articolo 1088 del codice. Osservava il compianto **Cassinis** che la rinvocazione di diritto diviene una illusione, imperocchè resterebbe affidata alla sola volontà del donatario il quale per confermare l'irrevocabilità della donazione non dovrebbe fare altro che creare un interesse di terzi. **Bonacci** facendo plauso al **Cassinis**, proponeva abbandonarsi affatto la rinvocazione **ipso jure**, e sopprimersi il divieto assoluto della rinuncia del donante a questo diritto di rinvocazione, ovvero mantenendo la rinvocazione come principio di ordine pubblico, far ritornare i beni della

donazione revocata nel patrimonio del donante, liberi da ogni peso ed ipoteca imposta dal donatario. **Chiesi** insisteva che ad ogni costo si conservasse la revocazione innocua pei terzi, per essere così in armonia coi principii ritenuti dal sistema ipotecario in garentia del credito — **Niutta** avrebbe voluto sostenersi la revocazione per sopravvenienza de' figli come istituzione di ordine pubblico e con effetto anche contro i terzi, imperocchè, egli diceva, i terzi conoscendo di acquistare diritti sopra beni donati potevano e dovevano prevedere la possibilità che la donazione venisse revocata per sopravvenienza di figli al donante, cosa che non poteva avvenire nel caso di revocazione per ingratitudine, imperocchè questa suppone un delitto abbastanza grave che i terzi non potevano ragionevolmente supporre. Secondo lui quindi la revocazione per sopravvenienza doveva ritenersi operativa **ipso jure** senza riguardo ai terzi, quella per ingratitudine di effetto volontario e con riguardo ai diritti acquistati dai terzi. **Pisanelli**, la di cui parola era nella commissione a buona ragione autorevole, passava a rassegna i tre pareri in cui la commissione era divisa, cioè l'opinione **Niutta**, conservare la revocazione **ipso jure** col ritorno libero dei beni per fatto di sopravvenienza di prole, e la revocazione volontaria senza pregiudizio dei terzi pel fatto d'ingratitudine — quella **Chiesi** per l'assoluta salvezza dei diritti dei terzi — e quella che voleva la conservazione dei progetti tuttochè apparisse contraddizione tra la revocazione **ipso iure** e la salvezza del diritto dei terzi. **Pisanelli** criticava questi conservatori, perchè riconosciuta la contraddizione era necessità ripararla. Adottava il parere **Chiesi**, perchè da una parte era un'applicazione necessaria dei principii ritenuti dal nuovo codice, e dall'altra perchè la revocazione per sopravvenienza di figli conservava quella rigidità di istituzione che non aveva ragione di essere. **Chiesi** e **Precerutti** attaccarono di fronte l'indole di diritto pubblico data da **Niutta** alla istituzione per sopravvenienza, la stigmatizzarono sotto tutti gli aspetti, e giunsero ad unificare i pareri della commissione sulla sconvenienza di considerare come costituzione di ordine pubblico una istituzione che in fondo tendeva a conservare un patrimonio che si poteva per altri modi sciupare liberamente, anche quando fosse ritornato al donante

libero per effetto della revocazione necessaria. Fu così che si finì col dare incarico ai tre commissari **Bonacci, Pisanelli e Vaccaro-**
ne di presentare un progetto complessivo sull'argomento della ri-
vocazione per sopravvenienza di figli e degli effetti della medesima.
La commissione ritenne che la revocazione per sopravvenienza di
prole, doveva considerarsi come una facoltà lasciata alla volontà del
donante, ma tal facoltà, a cui egli non poteva precludersi l'esercizio
con una rinunzia precedente; ch' esercitata non poteva pregiudicare
i diritti legittimamente acquistati dai terzi. Fu così adottato l' arti-
colo 1083 con l'espressione **possono essere revocate**. Si è so-
stenuto l'articolo 1084 proibitivo di qualunque clausola o conven-
zione di rinunzia al diritto di revocazione (1). Si sostenne in tutta
la sua integrità l'articolo 1088 per la salvezza delle ragioni dei
terzi anteriori alla trascrizione della domanda di revocazione.

253. Per la massima *conceptus pro nato habetur quoties de
comodis eius quaeritur*,

La revocazione può essere domandata ancorchè il figlio del donante
fosse già concepito al tempo della donazione. Art. 1085.

254. Anche qui l'azione si circoscrive in ragion di tempo per
la ragione istessa che si circoscrive l'azione di revocazione per in-
gratitudine, cioè il bisogno di evitare le condizioni precarie. La pre-
scrizione è di 5 anni computabili dalla nascita dell'ultimo figlio. Ad
ogni modo se la sopravvenienza di figli causa della revocazione ve-
nisse a mancare per la morte di essi, l'azione sarebbe spenta (3).

(1) Qualunque clausola o convenzione, con cui il donante avesse ri-
nunziato al diritto di revocare la donazione per la sopravvenienza di fi-
gli, è nulla. Art. 1084.

(2) La revocazione per ingratitudine o per sopravvenienza di figli
non pregiudica ai terzi che hanno acquistati diritti sugli immobili ante-
riormente alla trascrizione della domanda. Art. 1088.

(3) L'azione di revocazione per sopravvenienza di figli al donante

Quest' azione non è pregiudicata dal fatto del donante che avesse lasciato il donatario in possesso della cosa donata, anche dopo la sopravvenienza dei figli.

255. Ritenuta questa revocazione di effetto volontario, il donatario possiede in buona fede, tuttocchè è a lui noto essersi verificata la causa risolutiva, e quindi non è tenuto alla restituzione dei frutti altro che dal giorno della domanda di revocazione (1). Avvenuta la revocazione il donatario è obbligato a restituire il valore delle cose alienate avuto riguardo al tempo della domanda (2).

256. La revocabilità delle donazioni per ingratitudine e per sopravvenienza di figli non è applicabile nè alle donazioni remuneratorie, nè a quelle fatte a contemplazione di un determinato matrimonio. Queste donazioni interessano non solo il donatario, ma il coniuge che a lui si congiunge in consorzio di vita, i figli, la famiglia. Rivocare donazioni siffatte per ingratitudine vale mettere in un fascio il delitto e l'innocenza, revocarle per sopravvenienza di figli vale rovinare una famiglia per un'altra. E non è il riguardo alla famiglia che ha dato luogo a questa istituzione giuridica?

Le donazioni remuneratorie sono parimenti irrevocabili per cause siffatte, imperocchè esse meglio che liberalità rappresentano un debito di coscienza, quantunque non reclamato da un vincolo di diritto. Però come in tutti i casi il campo delle donazioni è la disponibile,

si prescrive col decorso di cinque anni computabili dal giorno della nascita dell'ultimo figlio.

Il donante non può proporre la detta azione dopo la morte dei figli e loro discendenti. Art. 1090.

(1) La donazione può essere revocata, anche nel caso in cui il donatario sia entrato in possesso dei beni donati, ed il donante lo abbia lasciato continuare nel possesso dopo la sopravvenienza del figlio; ma il donatario non è tenuto a restituire i frutti raccolti, di qualunque natura essi sieno, se non dal giorno della domanda giudiziale. Art. 1086.

(2) Revocata la donazione, il donatario deve restituire il valore delle cose alienate, avuto riguardo al tempo della domanda, insieme coi frutti del giorno della medesima. Art. 1089.

i figli del donante possono sempre reclamare per riduzione qualora vi fosse eccesso sul disponibile (1).

CAPO IV.

della riduzione delle donazioni

257. La riserba è sacra ed inviolabile. Violata, deve integrarsi. I legati e le donazioni che la violano sono inesorabilmente soggette a riduzione. Naturalmente se violazione si verifica deve essere l'effetto delle ultime disposizioni, quindi la riduzione principia dalle ultime risalendo alle prime (2).

258. L'azione di riduzione diretta ad integrare la legittima compete ai soli legittimari, ed a tutti coloro ai quali la legge riserba una quota di successione. Essi non possono rinunciare a questo diritto durante la vita del donante. La rinuncia si tradurrebbe in una convenzione sulla eredità di un uomo vivente. I donatari, i legatari, i creditori non sono riserbatarî e quindi non hanno diritto a do-

(1) Sono eccettuate dalle disposizioni precadenti, a rimangono irrevocabili tanto per causa di ingratitudine, quanto per sopravvenienza di figli, le donazioni puramente remuneratorie a quella fatte in riguardo di un determinato matrimonio, salvo però ai figli del donante il diritto di chiederne la riduzione in quanto eccedono la porzione disponibile. Articolo 1087.

(2) Le donazioni di qualunque natura, fatte per qualsiasi causa ed in favore di qualsiasi persona, vanno soggette a riduzione, se al tempo della morte del donante si riconoscono eccedenti la porzione dei beni di cui può disporre lo stesso donante secondo le norme stabilite nel Capo II del titolo II di questo libro.

Le regole stabilite nell'articolo 810 e negli articoli 821 e seguenti per la riduzione delle disposizioni testamentarie si osservano anche per la riduzione delle donazioni. Art. 1091.

Non si fa luogo alla riduzione delle donazioni, se non dopo che sia esausto il valore dei beni di cui fu disposto per testamento: qualora sia luogo a questa riduzione, essa si fa cominciando dall'ultima donazione e così successivamente risalendo dalle ultime alle anteriori. Art. 1093.

mandare la riduzione delle donazioni nè trarne profitto (1). Essi prendono se trovano: esaurita la disponibile cioè il fondo delle liberalità tutte le disposizioni sono a vuoto.

259. La donazione eccessiva è una usurpazione sulla legittima, quindi deve essere restituito l'eccesso a chi spetta. Però il donatario al momento della donazione non è obbligato ad indagare l'entità del diritto del donante per conoscere se col dono egli eccede o meno la disponibile. L'asse di un uomo si liquida alla sua morte ed il donatario è estraneo a quelle operazioni di liquidazione che formano parte del processo di divisione di una eredità. Egli gode della cosa donata in buona fede finchè non è chiamato a restituire l'eccesso, e come la percezione dei frutti appartiene a tutti coloro che godono in buona fede, il donatario non sarebbe obbligato alla restituzione dei frutti se non dal giorno della domanda. Ma in fatto di successione ci è un riguardo umanitario a conciliare, cioè il rispetto dovuto al dolore di colui che subisce una sventura di famiglia. Come compellere un riserbatario a confondere i giorni di lutto con i giorni di liquidazione d'interessi? E rispettando il suo dolore non è giusto fargliene pagare lo sconto, cioè fargli perdere i vantaggi attaccati alla domanda di riduzione per integrare la legittima violata. Tali riguardi son conciliati con abilitare il riserbatario a spingere la sua domanda entro l'anno dall'apertura della successione, e dare effetto retroattivo a questa dimanda sino al giorno della morte del do-

(1) La riduzione delle donazioni non può essere domandata che da quelli, a vantaggio dei quali la legge riserva la legittima od altra quota di successione, e dai loro eredi o aventi causa.

Essi non possono rinunciare a questo diritto durante la vita del donante nè con dichiarazione espressa nè col prestare il loro assenso alla donazione.

I donatari, i legatari e i creditori del defunto non possono domandare la riduzione nè approfittarne. Art. 1092.

nante perchè da quel giorno, com'è giusto, siano a lui dovuti i frutti della parte che deve integrare la sua legittima, quindi;

Il donatario deve restituire i frutti di ciò che eccede la porzione disponibile dal giorno della morte del donante, quando sia giudizialmente domandata la riduzione entro l'anno, ed in mancanza dal giorno della domanda. Art. 1094.

In conseguenza della massima *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*,

Gli immobili da recuperarsi in conseguenza della riduzione saranno liberi di ogni debito ed ipoteca controta dal donatario. Art. 1095.

Puol darsi che il donatario abbia distratto i beni a lui donati ed in conseguenza l'erede che deve integrare la sua legittima non trovi il fondo della donazione soggetta a riduzione, nel patrimonio del donatario. Quel fondo è cosa dell'erede è sua proprietà per la parte che deve integrare la legittima, dunque egli ha il diritto di rivendicarlo in qualunque mano lo trovi. Il terzo non può dolersene, imperocchè acquistando un fondo proveniente da donazione, la possibilità di una riduzione era insita alla natura del modo acquisitivo da cui quel fondo è a lui derivato. Se non che la legge favorevole sempre al movimento della proprietà usa ancora un riguardo a favore dei terzi, accordando loro il beneficio di escussione dei beni dei donatari.

L'azione per la riduzione o per la rivendicazione può promuoversi dagli eredi contro i terzi detentori degli immobili formanti parte delle donazioni ed alienati dai donatari, nel modo e nell'ordine stesso con cui potrebbe essere promossa contro i donatari medesimi e premessa l'escussione dei loro beni. Quest'azione deve promuoversi secondo l'ordine di data delle alienazioni, cominciando dall'ultima. Art. 1096.

Teoria romana sulle donazioni

260. In Roma dove il testamento si riteneva come supremo tra i diritti civili, ove la coscienza pubblica teneva a disdecoro morire

intestato, la donazione doveva guardarsi con disfavore. Pur non di meno erano riconosciute in diritto la **donatio mortis causa** — la diretta ossia **donatio inter vivos** — la **universalis** — la **condizionata** — la **rimuneratoria**. *Donatio est quaedam liberalitas quae nullo jure cogente fit, sed ex sola liberalitate et munificentia dantis procedit*. E questa era la donazione diretta, la donazione tra vivi coi suoi caratteri di attualità, irrevocabilità, accettazione, tramandata a tutte le legislazioni civili. La volontà di donare, espressa, la accettazione anche tacita erano fatti necessari per compiere una donazione nel sistema del diritto romano.

a. La donatio causa mortis era quella che si faceva per considerazione della morte: era una cosa di mezzo tra la donazione ed il testamento. Assumeva la forma di contratto come la donazione tra vivi, e come questa aveva a fattore la liberalità, ma era rivocabile come il testamento, si faceva *ob periculum mortis*, valeva dopo la morte del donante. Come contratto era suscettiva di tutte le modalità, e nell'ultimo stadio del diritto romano si confuse col legato, cosicchè non ebbe più bisogno dell'accettazione. Questa *donatio causa mortis* era un bisogno dei costumi romani. Era il modo più sicuro come assicurarsi un erede, imperocchè l'erede testamentario poteva a sua voglia frustrare il testamento. Inoltre era un modo di disporre per colui che non godeva il diritto di far testamento. *Filius familias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest*. Questa donazione non fu ritenuta nè dal codice francese nè dai codici italiani.

b. La donatio universalis si aveva quando taluno dava ad un'altro tutto il suo avere o una parte di esso. Era la successione universale **franca di debiti**, ma **estranea ai crediti**, salvo espressa cessione che si compiva con la tradizione. Il donante poteva dedurne i suoi alimenti ed i suoi debiti, purchè questi non fossero anche effetto di donazione. Questa donazione nel diritto antico doveva essere accompagnata dalla enumerazione distinta di tutti gli oggetti appartenenti al patrimonio donato, ma **Giustiniano** la dispensò da questo stato descrittivo.

c. La donazione condizionata, cioè accompagnata da un **modus**

assumeva il carattere di una donazione in parte onerosa. Era un *do ut des*, un *facio ut facias*, per la qualcosa in caso d'inadempimento del **modus** si dava l'*actio praescriptis verbis* per la ripetizione delle cose donate. Per una costituzione imperiale quando il **modus** consisteva nella prestazione degli alimenti al donante, la violazione del **modus** dava al donante non solo la *conditio ob causam datorum*, ma la *rei vindictio*. Il **modus** costituito a favore di un terzo, dava anche a lui l'*actio praescriptis verbis*. Il **modus** doveva essere costituito espressamente meno per la donazione di una eredità devoluta al donante, nel qual caso era sottinteso il **modus** riguardante il pagamento dei debiti ereditari.

d. La donazione **rimuneratoria** era quella per la quale il donante voleva mostrarsi riconoscente per un favore ricevuto. Essa era considerata più che una liberalità, soddisfazione di un dovere naturale e quindi irrevocabile.

e. Nel sistema romano le donazioni in generale non appartenevano agli affari di utile commercio. Si vedeva in esse una diminuzione di patrimonio in danno di taluni che potevano sperare di ereditarlo; si considerava la donazione un campo in cui poteva giocare molto la seduzione o la sorpresa, e la esperienza aveva insegnato che le liberalità procedevano meno dalla beneficenza che da debolezza e precipitazione, da vanagloria e spesso come mezzo di subornare. Era la opinione che **Cuiacio** radicava nella Francia.

Si ritenevano perciò invalide le donazioni fra i coniugi — nulle le donazioni del debitore insolvente in *fraudem creditorum* attaccabili perciò con l'*actio pauliana* — e quindi tutte le disposizioni della legge **Cincia** dichiarante incapaci di ricevere donazioni gli avvocati dai clienti, i presidi dai provinciali — e quindi la nullità delle promesse di donazione — la limitazione delle donazioni eseguite sino ad una somma determinata — la tradizione con la **mancipatio** o la **in iure cessio** per le **res Mancipi** ed altri inceptamenti ch'è ozioso enumerare.

Ulpiano assegna il motivo del divieto delle donazioni tra marito e moglie, *ne mutuo amore invicem spoliarentur*. È però a ricordarsi che nei matrimoni romani la **manus** rendeva impossibili le

donazioni tra coniugi, imperocchè la moglie *sub potestate viri* nulla possedeva: tutto era del marito. **Ulpiano** alludeva al matrimonio libero. Il divieto però non escludeva la possibilità di uno scambio di affettuose dimostrazioni con la istituzione di erede, il legato, la *donatio mortis causa*, i doni manuali; anzi la donazione confermata col testamento, nell' ultimo periodo del diritto romano, finì pure con essere efficace.

f. Quanto alla forma i romani richiedevano la promessa e l'esecuzione. Nel tempo degli imperatori cristiani si richiese l'atto scritto — la presenza dei testimoni — la tradizione — la insinuazione. Questa insinuazione si faceva negli atti della curia del domicilio del donante o dove la cosa era sita, e finalmente si permise la ubiquità. **Teodosio e Valentiniano** dissero valida la donazione anche senza scritto, purchè vi fosse la tradizione e l'insinuazione per dichiarazione. **Zenone** dispensò la presenza dei testi, purchè vi fosse la insinuazione. **Giustiniano** richiese la tradizione e la insinuazione soltanto, e francò anche da quest' ultima formalità le donazioni di modico valore.

g. In fatto di accettazione era principio generale « *in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrere oportet effectus ex utraque parte contrahentium, nam sive ea venditio, sive donatio, sive aliqua quaelibet causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consensit, perducere ad effectum id quod inchoatur non potest*. Si ritenne però sufficiente l' accettazione tacita.

h. Nel vecchio diritto vigeva la massima *non videtur data, quae, eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt*. La donazione si compiva con la tradizione: in conseguenza la donazione dei beni futuri non era possibile. Si attribuisce a **Giustiniano** la istituzione della donazione di beni futuri o futuri e presenti al tempo istesso.

j. Le donazioni **propter nuptias** erano riconosciute nel diritto romano come subordinate all' evento delle nozze. *Stipulationem quae propter causam dotis fiat constat habere in se conditionem hanc, si nuptiae fuerint secutae: et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio. Sancimus si quis nuptiarum se-*

cerit mentionem in qualicumque pacto, non aliter intelligi conditionem esse adimplendam, nisi ipsa nuptiarum accedit festivas.

k. La reversibilità era pur riconosciuta nelle donazioni. *Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem eius qui accepit, ad te rediret, donatio valet, quum etiam ad tempus certum, vel incertum, ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda.*

l. Della revocazione per ingratitudine si è parlato di sopra. La azione durava 30 anni, ma non era esercibile dagli eredi ammenochè si trattasse di proseguire quella intentata dal donante. La revocazione per sopravvenienza di figli ebbe origine come si è detto dalla legge **si unquam** e si estese a diritto comune. Però il silenzio del donante dopo la nascita del figlio confermava la donazione. Se i beni erano alienati prima dell'azione di revocazione non si dava più luogo ad essa. Se si erano ipotecati o dati in pegno o gravati di pesi reali la revocazione aveva luogo, imperocchè il dominio non era uscito dalle mani del donatario, ma tutto ciò avveniva senza pregiudizio del diritto dei terzi.

TITOLO IV.

delle obbligazioni e dei contratti in genere

261. L'uomo riguardato nella sua vita animale è un essere, che ha pochi bisogni ai quali può soddisfare da se. La terra, la caccia, la pesca e la sua donna son tutto per lui. Ma l'uomo così considerato non fu, nè ha potuto mai essere, nè potrebbe trovar ragione della sua esistenza. Per comprendere l'uomo bisogna considerarlo nella sua vita morale come parte della umanità, la quale col movimento delle generazioni lavora incessantemente per completare il suo perfezionamento, e conseguire lo scopo supremo ed infallibile della creazione, **il congiungimento del finito con l'infinito**. È sotto questo rapporto che l'uomo si ravvisa eminentemente ed essenzialmente socievole, ed in continuo movimento e scambio di fatti, di cose, di azioni, da cui ripete tutto quanto è necessario al suo benessere.

Questo movimento sociale può paragonarsi ad un gran fiume da cui tutti attingono l'alimento necessario alla vita senza alterare o diminuire la massa fluente ai bisogni altrui. Questa massa è costituita da tutti gli elementi produttori sociali rappresentati dalla scienza, dalle arti, dal lavoro, dall'industria, dall'agricoltura e dal commercio. Questi elementi produttori sono esercitati da uomini, che lavorano ciascuno nella sua cerchia, per accrescere la massa dei prodotti necessari al bisogno dei consumatori, che alla lor volta rifondono nella massa il prezzo della merce consumata.

L'organismo sociale è un continuo lavoro produttore, in cui ciascuno deve prender parte per aver diritto al godimento dei prodotti. L'espressione finale della vita è l'adempimento del dovere pel conseguimento del diritto. Diritti e doveri; ecco la epitome della vita umana, i cardini della costituzione sociale.

Questa costituzione non è opera dell'uomo, ma è un fatto della natura, di Dio, fatto a cui l'uomo deve necessariamente uniformarsi perchè possa compiere il suo destino. Ma l'uomo è libero e nel pensiero e nell'azione. La legge di natura col suo principio di costringimento interno è insufficiente allo scopo di assicurare questo scambio di diritti e di doveri, quindi l'opera dello **Stato**, che con le sue leggi positive traduce i diritti e doveri naturali in diritti ed obbligazioni civili, li munisce di sanzione penale, li subordina ad un principio di costringimento esterno perchè la obbligazione sia un fatto a buono o malgrado di colui che deve prestarla.

Nell'organizzazione di queste obbligazioni la legge positiva non poteva prescindere dalla natura degli esseri a cui s'impone, e trattandosi di esseri eminentemente liberi, la ragione unica della obbligazione non poteva essere desunta che dalla volontà istessa dell'uomo. E senza dubbio l'è cosa strettamente razionale che ciascuno stia al nesso, al vincolo giuridico che la sua volontà ha costituito. La volontà concorde di due o più persone dicesi **Consenso**. Il consenso di due o più persone per costituire tra loro, regolare o sciogliere un vincolo giuridico, dicesi **Contratto**, dunque nell'organizzazione delle obbligazioni la genesi di esse deve riconoscersi nel contratto.

Indipendentemente dal contratto l'uomo può spingersi spontaneamente all'adempimento di un dovere naturale. Naturalmente chi accetta questo fatto acquista un diritto, da cui nasce sempre un dovere correlativo. La legge civile s'impadronisce di questo fatto, a cui per esser contratto non manca che il consenso dell'altra parte, e lo chiama **quasi contratto**, e, supponendo il consenso, ne garantisce gli effetti, tramuta il dovere di natura in obbligazione civile, e riconosce il quasi contratto come fonte di obbligazione.

L'uomo per natura è avvinto dal precetto **neminem laedere**; la legge positiva traduce questo dovere di natura in obbligazione civile, e chiama **delitto** l'obbligazione violata, se l'azione è accompagnata dalla volontà diretta di nuocere altrui; chiama **quasi delitto** l'azione che lede ma senza la volontà diretta di nuocere. Ad ogni modo dal delitto e quasi delitto verificandosi il danno altrui, nasce nell'agente il dovere di risarcirlo. La legge positiva traduce questo dovere naturale in obbligazione civile, e quindi è obbligata a riconoscere il **delitto** o **quasi delitto** come fonte di obbligazioni.

Finalmente la legge nell'interesse delle persone e delle cose, costituisce delle posizioni sia personali, che reali, alle quali annette delle obbligazioni a cui la persona è tenuta di uniformarsi solo perchè si è posta in quella posizione, a cui la obbligazione è annessa. Vi sono così delle obbligazioni che derivano immediatamente dalla legge, indipendentemente dal fatto dell'uomo, cosicchè anche la legge è fonte di obbligazioni.

Così l'obbligazione ha per fonti: la legge; — il contratto; — il quasi contratto; — il delitto; — il quasi delitto.

Tutto ciò è in perfetta concordanza col diritto romano.

Un trattato sulle obbligazioni deve esaminare ciascuna di queste fonti nella sua natura, nelle sue condizioni di esistenza e validità, e nei suoi effetti.

Della legge, prima fonte di obbligazioni, si è detto abbastanza nei prolegomeni quanto alla sua natura, formamento ed azione. Il codice si occupa del contratto e quasi contratto, del delitto e quasi de-

lito, nel capitolo I — delle diverse specie delle obbligazioni nel II — degli effetti di queste nel III — dei modi di estinzione nel IV — e delle prove nel V — Noi seguiremo questa logica divisione.

CAPO I.

delle cause delle obbligazioni

262. Enumerate le cause ossia le fonti da cui derivano le obbligazioni (1) il capitolo si divide in tre sezioni. La prima si occupa del contratto — la seconda del quasi contratto — la terza dei delitti e quasi delitti.

SEZIONE I.

dei contratti

§ I.

disposizioni preliminari

263. La legge dice:

Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico.

Questo vincolo giuridico è l'obbligazione che sorge, e questa obbligazione consiste sempre in una azione o in una inazione, cioè nel dare, nel fare o non fare una cosa.

Se dal contratto sorge una obbligazione per ciascuno dei contraenti dicesi **bilaterale** se per un solo **unilaterale** — se vi ha un correlativo o vantaggio dell'obbligato dicesi **oneroso** se non vi ha alcun correlativo a favore dell'obbligato dicesi **gratuito** o di

(1) Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi-contratto, dal delitto o quasi-delitto. Art. 1097.

beneficenza — se il vantaggio si fa dipendere da un avvenimento incerto dicesi **aleatorio** o di sorte.

Tutti i contratti, comunque siano, seguono delle regole generali, le quali riguardano: 1.° Le condizioni di esistenza e validità; 2.° L'effetto (1).

§ II.

dei requisiti essenziali per la validità dei contratti

261. Le condizioni per l'esistenza o per la validità del contratto riguardano gli elementi costitutivi di esso. In ogni contratto vi si trovano necessariamente 4 termini. **Subbietti** contraenti: **consenso** di questi subbietti: **oggetto** del contratto: **causa** del contratto. Le ricerche sul subbietto si riferiscono alla **capacità**. Il contratto è un fatto di natura produttiva di un dovere naturale, la di cui esecuzione è lasciata alla sanzion naturale, cioè alla coscienza od

(1) Il contratto è bilaterale, quando i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri. Art. 1099.

Il contratto è unilaterale, quando una o più persone si obbligano verso una o più persone, senza che queste ultime incontrino alcuna obbligazione. Art. 1100.

È a titolo oneroso quel contratto nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio; a titolo gratuito o di beneficenza quello in cui uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente. Art. 1101.

È contratto di sorte o aleatorio, quando per ambedue i contraenti o per l'uno di essi il vantaggio dipende da un avvenimento incerto.

Tali sono il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il giuoco, la scommessa e il contratto vitalizio. Art. 1102.

I contratti, abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo.

Le regole particolari a certi contratti civili sono stabilite nei titoli relativi a ciascuno di essi e quelle proprie delle contrattazioni commerciali nel codice di commercio. Art. 1103.

alla forza privata. Ma perchè il dovere naturale diventi obbligazione civile, il subbietto contraente non deve essere guardato come uomo, ma come persona giuridica, cioè rivestita di capacità di obbligarsi ed obbligare gli altri verso di lui. Quindi per esservi contratto valido quanto all'elemento subbiettivo del contratto si richiede la **capacità** di contrattare.

L'elemento costitutivo del contratto è il **consenso**, cioè la volontà di contrarre il vincolo giuridico. Questo consenso dev'essere espressione della volontà coscienziosa e libera, altrimenti non è consenso. Consenso sciente e libero è consenso valido. Non vi è contratto senza consenso valido, dunque la validità del contratto, quanto all'elemento del consenso, dipende dal **consenso valido** dei contraenti.

Il consenso ha un obbietto su cui si posa. Questo obbietto deve essere **determinato**, senza di che è impossibile l'accordo della volontà, dev'esser tale che sia possibile sopra di esso una convenzione. Una cosa che non esiste, il nulla, non può essere obbietto di convenzione, e nel dominio della vita giuridica, ciò che non può costituire un bene, qualunque esso sia, non può essere obbietto di convenzione. Dunque per aversi contratto valido si richiede **obbietto determinato** e che possa essere materia di convenzione.

Finalmente la causa del contratto dev'esser **lecita**.

Dunque:

I requisiti essenziali per la validità di un contratto sono

La capacità di contrattare;

Il consenso valido dei contraenti;

Un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione;

Una causa lecita per obbligarsi. Art. 1104.

Svilupperemo un dopo l'altro questi 4 requisiti essenziali.

265. Capacità. La capacità giuridica è di tutti. Tutti son capaci di contrattare meno quelle persone, che per età, per infermità di mente o per stato di famiglia sono incapaci di consenso e quindi incapaci di contrattare. Il contratto è l'espressione della volontà chiara e libera: i minori non hanno nè mente, nè li-

bertà di azione. Gl' interdetti, gl' inabilitati sono la negazione della coscienza e della libertà; le donne maritate mancano di libertà di azione per ragione di economia domestica e per effetto della podestà maritale, quindi:

Qualunque persona può contrattare, se non è dichiarata incapace della legge. Art. 1105.

Sono incapaci di contrattare nei casi espressi dalla legge

I minori,

Gl' interdetti,

Gli inabilitati,

Le donne maritate,

E generalmente tutti coloro ai quali la legge vieta determinati contratti. Art. 1106.

Però questa incapacità dei minori, degli interdetti e delle donne maritate non è assoluta; giova ad essi, ma non può opporsi contro di essi. È un principio generale in diritto *qui cum alio contrahit vel est vel esse debet non ignarus conditionis eius*. Chi volontariamente contratta con gl' incapaci è legato, ma non lega. Il vincolo giuridico, sorto dal contratto, può essere infranto dagli incapaci, ma non dai capaci, che han contrattato con essi.

La interdizione derivante da pena produce incapacità assoluta, e quindi può opporsi da chiunque vi abbia interesse (1).

266. Consenso. L' uomo agisce perchè vuole; non può volere senza conoscere, dunque ogni fatto dell' uomo è il risultato complesso dell' intelletto e della volontà. Dal concetto dell' azione si va all' azione, manifestazione della volontà, cioè si passa dalla conoscenza alla volontà, dalla volontà all' azione. Ma tra la conoscenza e la volontà v' intercede una operazione ideale, cioè un giudizio di convenienza, che determina la volontà a volere o non volere una cosa. Questo giudizio di convenienza non può compiersi altrimenti che dal-

(1) La persona capace di obbligarsi non può opporre l'incapacità del minore, dell' interdetto, dell' inabilitato o della donna maritata, con cui essa ha contrattato.

L' incapacità però derivante da interdizione per causa di pena si può opporre da chiunque vi ha interesse. Art. 1107

l'intelletto chiaroveggenza e dalla volontà libera nelle sue volizioni. Senza chiaroveggenza e libertà non vi può esser fatto umano, consenso, contratto. Dunque tutto ciò che altera nell'agente la chiaroveggenza, la libertà, distrugge i fattori del consenso, del contratto. Ma l'errore distrugge la chiaroveggenza, la violenza distrugge la libertà, il dolo distrugge l'una e l'altra insieme, dunque:

Il consenso non è valido, se fu dato per errore, estorto con violenza o carpo con dolo. Art. 1108.

Errore, violenza, dolo son termini assai vaghi. Lasciati all'apprezzamento delle parti non vi sarebbe più obbligazione al coperto di queste eccezioni, che sarebbero l'arma comune di tutti gli inadempienti.

a. Errore è la negazione del vero. La verità è propria di Dio, l'errore è proprio dell'uomo. La legge positiva non può cambiare la natura dell'uomo, non può esigere da lui l'infallibilità. Essa esige che il contraente sia nella integrità dei suoi mezzi fisico-morali per essere capace di contratto, e dichiara perciò incapaci assolutamente di contrattare le persone segnate nell'articolo 1106. Essa si premunisce contro l'errore insinuato dal raggiro, dal dolo altrui; ma quando non ostante tutte le precauzioni il contraente cade in errore la legge positiva è impotente a soccorrerlo in tutto. Cosa può la legge positiva di fronte a un consenso, che dato per errore è consenso costitutivo di contratto per l'altra parte, la quale innocente di quell'errore non vede il suo interesse nel ritenere inesistente il contratto? La morale non transige; per essa il consenso non stà; ma la legge positiva che è impotente a scrutare il pensiero deve stare ai fatti e valutarli per quanto essi sono suscettibili di dimostrazione. La legge positiva è obbligata a distinguere su che cade l'errore. L'errore può cadere: sulla natura — sul movente — sull'oggetto del contratto — sulle qualità dell'oggetto — sulla persona con cui si contratta. Ipotizziamo il caso di errore sulla **natura** del contratto. Voi intendete vendermi il cavallo che io vi domando per fare un viaggio, io intendo avermelo locato. In questo caso è chiaro che non ci sia-

mo intesi, non v'è tra noi accordo di volontà, non vi è contratto. Se voi intendete costringermi a pagare il prezzo del cavallo, io vi dimostro aver avuto volontà di locarlo per sottrarmi così dalla vostra pretesione; la legge mi soccorre in questo errore **di fatto** sulla natura del contratto, imperocchè se la volontà debbe avere una manifestazione, se questa manifestazione è un fatto esterno valutabile nella regione del diritto, niuno può impormi una volontà contraria a quella che io dimostro.

Ipotizziamo l'errore sul **movente**. Io compro il vostro cavallo perchè credo morto il mio; pretendo non esistere contratto perchè fatto in errore sul movente. Ma questo movente è un'intenzione, un pensiero, un'idea, cioè un fatto interno che niuno ha il diritto e la potenza di scrutare. Il venditore non era obbligato di penetrare nel pensiero del compratore, non è obbligato nè a credere, nè a rispettare l'errore di lui.

Il compratore non ha mezzo come dar prova della sua idea, del movente della sua azione. L'errore sul movente non può essere dunque preso in considerazione dal diritto positivo.

Ipotizziamo il caso di errore sull'**oggetto** del contratto. Io intendo comprare la vostra casa di campagna, voi intendete vendermi la vostra casa di città. Qui vi è errore sull'oggetto del contratto, non vi è dunque accordo di volontà, non vi è contratto, per la ragione medesima del caso di errore sulla natura del contratto.

Ipotizziamo il caso di errore sulle **qualità** dell'oggetto. La qualità di una cosa o è essenziale, ed allora si confonde con la sostanza, o è accidentale ed allora è una modalità suscettibile di più o meno, che non altera la sostanza. Or l'errore sulla sostanza è errore sull'oggetto ed annulla il contratto: l'errore sulla modalità è un calcolo di più o di meno che rientra nella intenzione non è scrutabile, non è valutabile e quindi non annulla il contratto.

La difficoltà consiste a distinguere la qualità sostanziale dalla accidentale ad allora viene in soccorso la seguente regola. Se la qualità è tale che senza di essa l'oggetto cesserebbe di appartenere alla specie cui spetta, la qualità è **essenziale**. Se la qualità è tale che senza di essa anche durerebbe la cosa nella specie a cui appartiene,

la qualità è **accidentale**. Così cavallo arabo, cavallo normanno. Cavallo è genere, ma l'arabo, ed il normanno sono specie diverse. Quindi compro il vostro cavallo come arabo, invece è normanno, dunque non è l'oggetto che io ho inteso comprare.

Io compro il vostro cavallo arabo come corsiere di primo ordine, esso invece è un mediocre corsiere, la qualità è accidentale perchè corsiere più o meno il cavallo è sempre arabo. Nel primo caso il contratto è nullo, nel secondo stà.

Ipotizziamo il caso sull'errore della **persona** con cui si contratta. Questa persona o forma essa stessa l'oggetto del contratto, ed allora l'errore sull'oggetto è l'errore di nullità; o la persona, niente influisce sull'oggetto del contratto, ed allora l'errore sulla persona è cosa del tutto indifferente. Mi reco nello studio di pittura di Raffaello per commettergli un quadro. Non conoscendo Raffaello personalmente contratto col discepolo di lui; non vi è contratto valido che per un quadro di Raffaello. La persona è qui la sostanza della cosa, e l'errore su la persona è errore di sostanza. Io ho il quadro di Raffaello, ma lo ricuso perchè ho creduto contrattare con lui invece ho contrattato col discepolo. Errore sulla persona, ma errore inattendibile perchè nel caso la persona su cui è caduto l'errore non ha punto alterato la natura del contratto, nè l'obbietto, nè la sostanza di esso. S' intende così tutta la forza della legge che dice:

L'errore di fatto non produce la nullità del contratto, se non quando cade sopra la sostanza della cosa che ne forma l'oggetto.

Non produce la nullità, quando cade soltanto sulla persona colla quale si è contrattato, eccetto che la considerazione della persona colla quale s'intende contrattare, sia la causa principale della convenzione. Art. 1110.

L'errore finora ipotizzato è l'errore di fatto, ma oltre l'errore di fatto vi è l'errore di diritto.

Il codice francese ed il napolitano non facevano parola dell'errore di diritto. Il codice albertino metteva alla pari l'errore di diritto e l'errore di fatto. Il codice parmense non ammetteva errore di diritto quante volte si aggirava sopra leggi di ordine pubblico, ma

lo ammetteva come causa di nullità quando versava su leggi, che riguardavano diritti dei privati unicamente per sottrarsi da un vero danno, ma non per conseguire un guadagno. Il codice italiano dice:

L'errore di diritto produce la nullità del contratto solo quando ne è la causa unica o principale. Art. 1109.

b. Violenza. La violenza è la negazione della libertà da qualunque parte provenga: dunque è la negazione del consenso e del contratto.

Vi è la violenza materiale e la violenza morale. La violenza materiale entra nel campo dei fatti meccanici e quindi non è nel dominio del diritto. Ch'impugna la vostra mano e scrive con essa una firma a piè di una obbligazione già scritta è egli che firma senza il concorso della vostra volontà; non esiste obbligazione alcuna per voi. La violenza di cui si occupa la legge è la violenza morale, cioè quella che estorpe il consenso, in altri termini quella potenza che costringe la volontà altrui a servire alla propria.

La forza di questa potenza non può essere determinata a priori, imperocchè dipende dalla forza ed energia della volontà paziente, e questa è varia per quanti sono gli uomini e le variabilissime circostanze di tempo e di luogo. La legge non poteva fare altro che dettare un criterio comune a tutti, cioè:

Il consenso si reputa estorto colla violenza, quando questa è di tal natura da far impressione sopra una persona sensata, e da poterle incutere ragionevole timore di esporre sè o le sue sostanze ad un male notevole. Si ha riguardo in questa materia all'età al sesso ed alla condizione delle persone. Art. 1112.

Questa violenza è causa di nullità da qualunque parte provenga, (1) sia che il male minacciato colpisce il paziente o la persona

(1) La violenza usata contro colui che ha contratta l'obbligazione, è causa di nullità, ancorchè sia stata usata da una persona diversa da quella, a vantaggio della quale si è fatta la convenzione. Art. 1111.

ed i beni del coniuge, di un ascendente o discendente di lui. Diretto a colpire la persona ed i beni di altre persone, vi è un esame ulteriore a fare sui rapporti tra il paziente e persone siffatte, e quindi è lasciato ai magistrati pronunziare sulla nullità secondo le circostanze (1).

Il timore riverenziale, ossia quella trepidazione di offendere i genitori, gli ascendenti o altre persone verso cui si deve rispetto e riverenza, è una virtù per colui che se ne fa imporre negli avvenimenti ordinari della vita, ma è una pusillanimità in colui che sacrifica ad esso la propria indipendenza. Costui non può godere di fronte alla legge quella considerazione, che si dà alla violenza, quindi:

Il solo timore riverenziale, senza che sia intervenuta violenza, non basta per annullare il contratto. Art. 1114.

c. Dolo. Il dolo è un raggiro praticato da uno dei contraenti per ingannare l'altro, e per farlo così divenire ad una convenzione alla quale non sarebbe divenuto senza di esso.

Labeone, il famoso caposcuola dei progressisti romani, definiva il dolo: *omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*. La nostra legge è più precisa:

Il dolo è causa di nullità del contratto, quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali, che l'altro senza di essi non avrebbe contrattato. Art. 1115.

L'effetto del dolo è l'errore, e l'errore non è sempre causa di nullità. Perché lo sarebbe il dolo?

(1) La violenza è causa di nullità del contratto, anche quando il male minacciato sia diretto a colpire la persona o i beni del coniuge, di un discendente o di un ascendente del contraente. Trattandosi di altre persone, spetta al giudice di pronunziare sulla nullità secondo le circostanze. Art. 1113.

L'errore considerato isolatamente è un fatto tutto proprio del subbietto caduto in errore. L'errore prodotto dal dolo è un fatto causato dal contraente doloso, è un fatto che reca danno altrui, e quindi genera l'obbligo del risarcimento, e questo si trova completo col rimettere le cose nello stato in cui erano prima del contratto, e risarcendo i danni patiti.

Il dolo potrebbe essere usato anche da un terzo. In tal caso dovrebbe distinguersi: se questo terzo è complice del contraente è chiaro che entrambi debbono ritenersi autori dell'errore in cui il contraente è caduto per effetto del dolo, ed il contratto è nullo. Se il contraente è perfettamente estraneo al terzo, il di cui dolo ha causato l'errore, è chiaro che non vi sarebbe, in rapporto al terzo, contratto da risolvere, ed egli potrebbe soltanto essere obbligato al risarcimento del danno. In tutto ciò vi è molta parte di apprezzamento, di valutazione di circostanze di persona, di tempo, di luogo, e quindi sono quistioni che la legge affida al criterio dei magistrati.

La nullità proveniente da errore, violenza, o dolo non è una nullità **ipso jure**, assoluta, ma è causa autorizzante l'azione per fare annullare o rescindere il contratto.

L'azione per nullità o rescissione in fondo conduce ai medesimi risultati. Per gli effetti nullità e rescissione sono sinonimi; la differenza è nel modo d'intentarla e nel pronunziato correlativo. La nullità **ipso jure** risulta da un vizio estrinseco ed apparente che la legge ha colpito espressamente di nullità. Il magistrato nelle azioni di nullità versa in una quistione di fatto. Vede il precetto, sanzionato a pena di nullità violato, e ne pronunzia la nullità. L'azion di rescissione si rapporta ad un vizio intrinseco latente che ha bisogno di una investigazione, di una analisi per essere scoperto e valutato, quindi il magistrato versa in una quistione di diritto, cioè nella scoperta dell'ignoto, la esistenza o meno della nullità. Nel primo caso la sua sentenza è un pronunziato che dichiara passivamente il fatto della legge; nel secondo è un pronunziato che proclama una nullità rivelata dall'analisi e dalla investigazione.

267. **Oggetto.** La terza condizione indispensabile per la validità d'un contratto è la certezza della cosa, che forma la materia

della convenzione. *Convenire dicuntur qui ex diversi animi motibus in unum consentiunt idest unam sententiam decurrunt.* La cosa, l'oggetto su cui si incontrano le due volontà è indispensabile e sia qualunque, purchè sia certo, determinato, utile almeno ad uno dei contraenti, e nel dominio di uno di essi. Senza di ciò non vi può essere accordo di volontà, consenso, contratto.

a. Nella vita sociale l'oggetto del contratto ha una di queste espressioni: **dare, fare o non fare.** Il dare può riflettersi alla cosa in se, o al possesso, o all'uso della cosa, che sempre dev'essere determinata almeno nella specie. L'indeterminazione della specie mena al vago, all'indefinito ed alla futilità del contratto. Mi obbligo di vendervi un animale; la mia obbligazione vaga tra il moscherino e l'elefante, tra la formica ed il leone, quindi è illusoria, senza oggetto. Mi obbligo darvi del denaro, delle biade. Dal centesimo al milione, dal granello a migliaia di quintali la obbligazione è vaga, oziosa, senza oggetto. Nell'ordine morale delle cose il presocchè nulla, equivale al niente.

Può darsi però una quantità indeterminata per il momento, ma determinabile; in tal caso l'obbligazione ha oggetto e materia di quantità incerta, ma determinabile. Ciò si verifica in tutte le responsabilità assunte per danni interessi, i quali, se pel momento esprimono materia di quantità indeterminata, possono determinarsi e si determinano effettivamente con la liquidazione. Quindi:

La cosa che forma l'oggetto del contratto, debb'essere determinata almeno nella sua specie.

La quantità della cosa può essere incerta, purchè si possa determinare. Art. 1117.

b. L'utilità della cosa almeno per uno dei contraenti è carattere essenziale dell'oggetto. Ogni contratto ha uno scopo senza del quale non può sussistere, e questò scopo è l'utilità almeno di uno dei contraenti. Mi obbligo aprire e chiudere gli occhi in faccia al sole; quale utile per voi? Tal contratto non avrebbe materia, oggetto utile.

c. L'espressione di ogni contratto è **dare, fare o non fare**, quindi l'obbietto di tale espressione dev'essere nel dominio di colui che si obbliga, essere cioè nella sua attività o nella sua proprietà sia attuale, sia eventuale, in altri termini dev'essere un fatto possibile o una cosa suscettibile di proprietà; quindi:

Le sole cose che sono in commercio, possono formare oggetto di contratto. Art. 1116.

Sono cose fuori commercio: — 1. Le cose che non sono in natura — 2. I fatti fisicamente impossibili — 3. I fatti illeciti sia come proibiti dalla legge, sia come contrari a' buoni costumi — 4. Le cose del demanio pubblico — 5. Le persone e tutti i diritti assoluti e concernenti lo stato civile — 6. Le cose che sono tolte al commercio con disposizioni speciali, come le messi in erba, la successione di persone viventi.

Future che siano o presenti le cose non importa, ciò che è futuro in fatto è potenziale in atto. Però questo principio potrebbe indurre alla conseguenza di potersi contrattare sulle successioni future. La legge considera contrattazioni siffatte come immorali, e tutte le legislazioni si uniformano in questo concetto. I Romani portarono tanto oltre questo divieto da interdire la disposizione sulla propria successione anche per contratto di matrimonio. Permettevano però i contratti tra gli eredi presuntivi in fatto di futura successione ad una persona vivente, quando questa vi consentiva ed avesse persistito nella medesima volontà fino alla morte.

La legislazione francese e tutte quelle che più o meno s'informatono dal suo sistema furono più rigorose del diritto romano, ed hanno vietato qualunque stipulazione intorno ad una successione non ancora aperta, quantunque fatta col consenso di colui della cui eredità si tratta. Si faceva eccezione per le istituzioni contrattuali, per le disposizioni permesse a favore dei nipoti del donante o del testatore e per le divisioni *inter liberos*. (Art. 1033, 1034 a 1036 LL. CC.). Il codice italiano fa eccezione soltanto per la divisione *inter liberos*, del resto dispone:

Le cose future possono formare oggetto di contratto.

Non si può rinunciare però ad una successione non ancora aperta, nè fare alcuna stipulazione intorno alla medesima, sia con quello della cui eredità si tratta sia con terzi, quantunque intervenisse il consenso di esso. Art. 1118.

268. Causa. Effetto senza causa è impossibile; ma la legge non si appaga di una causa qualunque, nè il potrebbe senza autorizzare la immoralità e mettere in commercio il delitto. Questa causa deve esser vera, poichè la causa falsa potrebbe simulare la illecita. Non è però necessario che la causa sia espressa nel contratto. La causa si presume. Benchè taciuta può sempre dichiararsi, e, riconosciuta vera e lecita, l' obbligazione assunta riceve tutta la sua esecuzione.

L' obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa od illecita non può avere alcun effetto. Art. 1119.

Il contratto è valido, quantunque non ne sia espressa la causa. Articolo 1120.

La causa si presume sino a che non si prova il contrario Art. 1121.

La causa è illecita, quando è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico. Art. 1122.

269. Effetto. La genesi del contratto è nella necessità dello scambio delle cose, che nelle relazioni sociali sono divenute indispensabili per l'attuazione dello scopo umano. Il contratto diverrebbe mezzo inutile ed inefficace allo scopo, quando non portasse seco lo adempimento necessario della obbligazione che ne risulta. La legge sociale, che doveva assicurare ad ogni cittadino l' insieme delle condizioni necessarie al suo svolgimento e perfezionamento, che doveva provvedere all'attuazione dei bisogni dell' uomo, doveva dargli non solo il mezzo, ma l' assicurazione dell' efficacia del mezzo dato. Il mezzo dato è il contratto, questo mezzo doveva esser costituito efficace nè poteva esserlo meglio che pareggiandolo alla legge.

Diretto a conseguire un bisogno individuale privato, sorto col consenso dei contraenti, cessa naturalmente col dissenso di essi. I

contratti si svolgono come si formano. Formati sotto l'egida della legge si sciolgono per cause autorizzate dalla legge (1).

270. L'esecuzione dei contratti dev'essere leale, sincera, di buona fede. La buona fede è l'antitesi del dolo. Il dolo è causa di rescissione dei contratti, ma non riguarda affatto l'esecuzione del contratto. Queste espressioni: *i contratti debbono essere eseguiti di buona fede* sono del tutto oziose, sono espressioni tradizionali anziché un precetto legislativo. I Romani distinguevano i contratti di stretto diritto dai contratti di buona fede. Questa distinzione si applicava a tutti i contratti che producevano una azione. Per alcuni di essi l'azione con la quale si chiedeva in giudizio l'esecuzione della obbligazione era valida non solo per l'obbligazione principale ma per l'aggiunta, e questi dicevansi **conventiones bonae fidei**. Per altri i patti accessori essendo sforniti della speciale azione non potevano proseguirsi con l'azione intentata per l'obbligazione principale e dicevansi perciò **stricti juris**. Per noi è questa una distinzione oziosa, ma il legislatore ha voluto ricordare che un vincolo contratto volontariamente dev'essere volontariamente e lealmente eseguito, e siccome vi sono sempre delle condizioni, che secondo l'equità, l'uso o la legge sono conseguenze naturali del contratto, e queste cause non sempre si esprimono, la loro esecuzione leale e sincera è affidata alla buona fede a somiglianza delle *conventiones bonae fidei* (2).

271. I contratti possono avere per obbietto: 1.° o il trasferimento di una proprietà o di un diritto — 2.° o di dare una cosa — 3.° o di fare o non fare una cosa. Prodotti dal consenso i contratti

(1) I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti.

Non possono essere revocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalle legge. Art. 1123.

(2) I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano. Art. 1124.

sono compiuti col consenso, senza bisogno di altro. La traslazione della proprietà o del diritto si opera **ipso jure**, senza bisogno di tradizione. Di conseguenza, dal momento della manifestazione del consenso, la cosa, tuttochè in mano dell'alienante, resta a tutto rischio e pericolo dell'acquirente (1).

Quando si tratta di dare una cosa mobile, come per i mobili il possesso vale per titolo, chi possiede, purchè sia in buona fede, ha con sè il suo titolo ed è preferito in conseguenza a colui che non possiede, e che forse avrebbe maggior diritto di possedere per anteriorità di convenzione:

Se la cosa che taluno si è obbligato con successive convenzioni di dare o consegnare a due persone, è un mobile per natura o un titolo al portatore, quella fra esse a cui fu dato il possesso, sarà preferita all'altra, sebbene il suo titolo fosse posteriore di data, purchè il possesso sia di buona fede. Art. 1126.

272. Il contratto è l'effetto della volontà. Niuno è padrone dell'altrui volontà, niuno può imporre la propria alla volontà altrui, quindi nessuno può stipulare in suo proprio nome, fuorchè per sè medesimo. Quando nelle stipulazioni si contratta in nome proprio **senza altro**, si dica o no che si contratta per sè, è sempre inteso, si **presume** che ciascuno abbia contrattato per se. Ma gli eredi e gli aventi causa sono una continuazione della personalità giuridica del loro autore o dante causa, la presunzione che riguarda il contraente si estende ai suoi eredi ed aventi causa. Un patto in con-

(1) Nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguita la tradizione. Art. 1125.

trario distrugge tal presunzione: la natura del contratto può portar seco l'evidenza che si contratti per altri; quindi:

Si presume che ciascuno abbia contrattato per sè e per i suoi eredi ed aventi causa, quando non siasi espressamente pattuito il contrario, o ciò non risulti dalla natura del contratto. Art. 1127.

Questa intrasmissibilità di diritti, convenzionale, o legale cioè per la natura del contratto, limita gli effetti di questo alla sola persona del contraente. Così per convenzione, qualunque diritto per natura del contratto trasmissibile può arrestarsi alla persona del contraente.

Or se niuno può stipulare in suo proprio nome fuorchè per se medesimo, se si presume che ciascuno abbia contrattato per se, quando non siasi espressamente pattuito il contrario, è di conseguenza che chiunque si obbliga per un altro, obbliga sè stesso, in altri termini si rende garante del fatto altrui. Mi obbligo che Tizio vi costruirà la casa. Tra voi è Tizio non vi è contratto, egli non è obbligato a nulla verso di voi, voi non potete esigere che egli vi costruisca la casa, cosa alla quale non si è mai obbligato. Se io mi sono obbligato per lui garentisco il fatto suo, dunque obbligo me stesso per lui, e delle due l'una: o l'indurrò a fabbricarvi la casa ed avrò adempito alla mia obbligazione, o no e l'obbligazione da me contratta si risolverà come ogni altra obbligazione di dare cioè, nei danni interessi (1).

273. Si può poi stipulare a favore di un terzo, ma come condizione di una stipulazione che si fa per sè stesso, o di una donazione che si fa ad altri. Contratto con voi che vi obbligate di dare 1000 franchi a Caio. Questa obbligazione non ha oggetto perchè non vi è utile nè per me, nè per voi, mentre che sempre l'obbietto del contratto deve essere utile almeno ad una delle due parti, perchè il

(1) Può taluno obbligarsi verso un altro, promettendo il fatto di una terza persona. Tale promessa dà soltanto diritto ad indennità verso colui che si è obbligato, o che ha promesso la ratifica del terzo, se questi ricusa di adempiere l'obbligazione. Art. 1129.

contratto sia valido. Tra voi e Caio non vi è vincolo perchè non vi è contratto, dunque nessuno può stipulare **assolutamente** a vantaggio del terzo: ma quando questo vantaggio del terzo si fa come condizione di una stipulazione che io fo per me stesso, la stipulazione a favore del terzo è validissima. Io vi vendo la mia casa pel prezzo di lire 40 mila, della qual somma voi costituirete un capitale fruttifero a favore di Caio. Tra voi e me vi è il *vinculum juris* costituito dal contratto di vendita, tra voi e Caio vi è il *vinculum juris* risultante dalla condizione impostavi, tra me e Caio non vi è *vinculum juris* se non quando Caio accetta. Dal momento della sua accettazione la mia stipulazione a suo vantaggio è sotto il *vinculum juris* del contratto, che risulta dalla condizione da me stipulata e dalla sua accettazione (1).

Finalmente avendo il contratto forza di legge tra i contraenti, perchè è liberamente costituito dal concorso delle volontà, è chiaro che oltre le volontà concorrenti non vi è vincolo alcuno, non vi è contratto, non vi è obbligazione. *Res inter alios neque prodest neque nocet*;

I contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti: essi non pregiudicano nè giovano ai terzi, fuorchè nei casi stabiliti dalla legge. Art. 1130.

274. Interpretazione dei contratti. L'ignoranza o la disattenzione dei redattori degli atti contrattuali, e qualche volta anche la malizia dei contraenti introducono nei contratti frasi oscure od ambigue, delle quali l'uomo di mala fede profitta per sottrarsi alle sue obbligazioni. L'interpretazione delle convenzioni è il mezzo opportuno per dissipare l'oscuro e l'equivoco, per determinare le obbli-

(1) Nessuno può stipulare in suo proprio nome, fuorchè per se medesimo.

Tuttavia può ciascuno stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che fa per se stesso, o di una donazione che fa ad altri. Chi ha fatta questa stipulazione, non può più revocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne profittare. Art. 1128.

gazioni, che sono la conseguenza delle convenzioni quando non sono espresse. Il codice fornisce dei precetti di ermeneutica legale per la interpretazione delle convenzioni, come ha fatto altrove per la interpretazione delle leggi.

a. Il contratto è una legge costituita dalla volontà delle parti, quindi la regola dominante e sovrana nella materia d'interpretazione dei contratti è questa:

Nei contratti si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anzichè stare al senso letterale delle parole. Articolo 1131.

b. La parola rivela il pensiero; quando il pensiero è rivelato esattamente ogni interpretazione è un arbitrio. Questa è permessa soltanto quando la parola è ambigua od oscura. La parola, la clausola, il motto è ambiguo quando è suscettiva di due sensi.

Quando una clausola ammette due sensi, si deve intendere nel senso per cui può la medesima avere qualche effetto, piuttosto che in quello per cui non ne potrebbe avere alcuno. Art. 1132.

Le parole che possono avere due sensi, debbono essere intese nel senso più conveniente alla materia del contratto. Art. 1133.

Il patto ambiguo s'interpreta secondo ciò che si pratica nel paese dove fu stipulato il contratto. Art. 1134.

Nel dubbio il contratto s'interpreta contro colui che ha stipulato, ed in favore di quello che ha contratto l'obbligazione. Art. 1137.

c. Questo principio è conseguenza dell'altro *actori incumbit probatio*. La domanda nei giudizi dev'esser provata da chi la produce e sarà aggiudicata per quanto è provata. Il convenuto si giova del difetto di prova.

d. Le obbligazioni accessorie non espresse nei contratti derivano dalla equità, dall'uso o dalla legge. L'equità deve predominare in tutte le contrattazioni. Egli è permesso nelle contrattazioni procurarsi il maggior possibile vantaggio, ma sempre nei limiti dell'equità. Quando una obbligazione accessoria è altamente voluta dalla equità, quand'anche non sia stipulata in una clausola, dev'essere

sottintesa e ritenersi come espressa. Io convengo col pittore il prezzo di un quadro, che commetto per 1000 franchi, purchè resterò soddisfatto dell'opera. Fatto il quadro lo rifiuto perchè non soddisfacente. L'equità consiglia in questo caso il ricorso al giudizio del terzo. La clausola non è preveduta ed espressa nel contratto, ma è giusto che si abbia per espressa, imperocchè altrimenti sarebbe autorizzato il capriccio e la condizione potestativa.

L'uso è di una autorità così grande nell'interpretazione dei contratti che vale non solo a derimere l'ambiguità, ma a supplire le clausole omesse. Se un contratto di locazione non si esprime sulle scadenze del pigione o sull'ora in cui a locazione finita devesi operare lo sfratto, s'intende essersi stipulata la scadenza e l'ora di uscita del luogo ove la casa è sita. La legge finalmente detta le obbligazioni accessorie di un contratto quando non si sarà ad essa espressamente derogato. Così basta contrattare un matrimonio per sottostare a tutti i doveri dei coniugi tra loro o verso la prole; quindi la regola:

Nei contratti si debbono avere per apposte le clausole che sono d'uso, ancorchè non vi sieno espresse. Art. 1135.

Le clausole dei contratti s'interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dall'atto intero. Art. 1136.

e. È chiaro che non si può cogliere un pensiero che dall'insieme delle frasi e delle parole, che lo manifestano.

f. È chiaro altresì che i contratti versano sempre sopra un oggetto determinato. Il buon senso quindi esige che le espressioni di un contratto siano sempre intese **secundum subjectam materiam**. Se in un contratto transigiamo sulle quistioni ereditarie della successione paterna, non vi è ragione a pretendere che la transazione riguardi ancora altre quistioni, che per avventura abbiamo o sulla eredità di uno zio, di un fratello o dell'avo.

Da ciò la regola ermeneutica:

Per quanto sieno generali le espressioni di un contratto, esso non comprende che le cose sopra le quali apparisce che le parti si sono proposto di contrattare. Art. 1138.

g. La logica non commenda troppo l'argomento **e contrario**. La massima **inclusio unius fit exclusio alterius** è vera quando si tratta di termini opposti e contrari assolutamente. Quando questa contrarietà non è assoluta, ma il caso non espresso può ragionevolmente entrare nel patto a lato del caso espresso, l'espressione dell'uno non presume l'esclusione dell'altro. Così io contratto con voi di darvi un corso privato di diritto civile completo, ma mi riservo la facoltà d'interromperlo nel caso in cui sarò chiamato all'insegnamento pubblico per esempio nella Università di Roma. Dato che io sia chiamato a questo insegnamento nell'Università di Bologna o di Napoli non può ritenersi che col designar Roma io abbia escluso le altre università italiane o estere. È evidente la mia intenzione di sciogliermi dallo impegno sempre che sia chiamato ad una cattedra. È questo il senso della regola:

Quando in un contratto si è espresso un caso affine di spiegare un patto, non si presume che siansi voluti escludere i casi non espressi, ai quali secondo ragione può estendersi lo stesso patto. Art. 1139.

h. Dall'esposizione di queste regole è facile desumere che tutte si raggruppano alla regola suprema dell'articolo 1134, cioè nei contratti si deve indagare quale sia la comune intenzione delle parti, anzicchè stare al senso letterale delle parole. Questa regola è il faro che illumina l'interprete per raggiungere sicuramente il porto. Tutte le altre debbono cedere, o essere ausiliare di essa.

SEZIONE II.

dei quasi contratti

275. Anteriore alla legge scritta è la legge di natura, la quale impone i precetti santissimi dell'amore, del mutuo soccorso, del **neminem laedere** e del risarcimento dell'offesa arrecata altrui. L'uomo può sottrarsi all'impero di una legge sociale, ma non può scansare la forza di un precetto di natura. La legge positiva non po-

teva prescindere dalla legge naturale nelle sue istituzioni, come non poteva perder di mira la natura dell'essere a cui s'impone. La legge positiva rispetta non solo, ma eziandio perfeziona e sancisce il precetto dell'amore, del mutuo soccorso, del non ledere, e del risarcimento, ed ha imposte al cittadino obbligazioni senza contratto, ma occasionate da fatti volontari, siano leciti, siano delittuosi, che chiama quasi contratti, delitti e quasi delitti. Ha imposto inoltre delle obbligazioni necessarie per provvedere ai bisogni ed esigenza dell'uomo sociale, obbligazioni che non risultano dal fatto dell'uomo, ma dalla sola autorità della legge. Diremmo tra queste le obbligazioni rispettive tra i coniugi, le obbligazioni tutorie, di paternità, dei proprietari limitrofi, ossia delle servitù nascenti dalla situazione dei luoghi ed altre di cui o si è trattato o si tratterà a suo luogo. Qui è solo parola delle obbligazioni, che sorgono senza convenzione, da un fatto lecito dell'uomo.

Colui che assume volontariamente una obbligazione, col consenso di colui verso di cui si obbliga, fa un contratto. Colui che assume volontariamente una obbligazione verso un altro, senza il di lui consenso, non fa un contratto perchè manca l'accordo delle volontà, ma fa qualche cosa di simile. Al suo fatto aggiungete il consenso ed avrete il contratto, presumetelo ed avrete il **quasi contratto**.

276. Il diritto romano riconosceva nove specie di quasi contratto: la gestione di negozi — l'amministrazione della tutela — l'amministrazione della cosa comune — l'accettazione dell'eredità — il pagamento d'indebito — la contestazione della lite — l'azione funeraria — l'azione causa data causa non secuta — l'azione *condictio sine causa*. Il codice italiano a somiglianza di tutti i codici moderni ha rimandato sette di queste specie ai titoli e luoghi rispettivi ed ha ritenuto due specie sole, cioè la gestione di negozio ed il pagamento dell'indebito.

277. Le condizioni della vita sociale son tali che bene spesso un uomo non può accudire ai suoi affari. L'abbandono distrugge la proprietà. Un uomo generoso volontariamente ne assume la cura. Egli fa opera di uomo onesto, attua il precetto dell'amore e del mu-

tuo soccorso, che la natura impone ad ogni uomo, che la legge positiva onora, ma stretta al dovere di rispettare la libertà individuale del cittadino non può tramutare in obbligazione civile. Ma una volta che questa libertà è incolume, imperocchè il cittadino **volontariamente** assume l'esercizio del dovere, la legge positiva lo appoggia, e tramuta il dovere in obbligazione.

Cosa manca a quel fatto volontario che assume la cura degli affari altrui per essere un perfetto mandato? l'incarico del proprietario assente o impedito. Ebbene; la legge nell'interesse di lui lo presume, ed assimila il gestore di negozio al mandatario.

Quali sono i diritti e le obbligazioni del gestore? Quelli stessi del mandatario. Quali sono i diritti e le obbligazioni dell'assente o dell'impedito verso il gestore? quell'istessi del mandante. Ecco così sorgere dal quasi contratto obbligazioni identiche a quelle che si costituiscono col contratto, che dicesi mandato.

Il quasi-contratto è un fatto volontario e lecito, dal quale risulta un'obbligazione verso un terzo o un'obbligazione reciproca tra le parti. Articolo 1140.

Quegli che volontariamente si assume un affare altrui, contrae l'obbligazione di continuare la gestione cominciata e di condurla a termine, sino a che l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso, e deve altresì soggiacere a tutte le conseguenze del medesimo affare ed a tutte le obbligazioni, che risulterebbero da un mandato avuto dall'interessato. Art. 1141.

È pur tenuto a continuare la gestione, ancorchè l'interessato muoia prima che l'affare sia terminato, sino a che l'erede possa assumerne la direzione. Art. 1142.

È parimente tenuto ad usare nella sua amministrazione tutte le cure di un buon padre di famiglia. L'autorità giudiziaria può tuttavia moderare la valutazione dei danni, che fossero derivati da colpa o negligenza dell'amministratore, secondo le circostanze che lo hanno indotto ad assumere l'affare. Art. 1143.

Se l'affare fu bene amministrato, l'interessato deve adempire le obbligazioni contratte in nome suo dall'amministratore, tenerlo indenne da quelle che ha personalmente assunto, e rimborsarlo delle spese necessarie ed utili, cogli interessi dal giorno in cui furono fatte. Art. 1144.

278. È massima di diritto eterno **neminem laedere, suum cuique tribuere**, e come conseguenza di questi precetti: **nemo potest fieri locupletior prae damno alterius**. La legge positiva sanziona e riproduce sotto mille forme questi precetti. Esigere da altrui ciò che non ci è dovuto, importa prenderci senza diritto l'altrui, danneggiarlo nei suoi beni, rendere migliore la propria condizione a danno suo. Il precetto **neminem laedere** violato chiama il dovere del risarcimento. La legge positiva traduce questo dovere in obbligazione civile, ed obbliga colui che ha ricevuto l'indebito alla restituzione dell'esatto (1); e chi ha pagato indebitamente, ha diritto di ripetere ciò che ha pagato.

Naturalmente questo fatto avviene per un errore di chi paga; chi riceve può essere anche lui in errore, credendosi realmente creditore, o può trovarsi nella scienza di non essere creditore. Questa diversa condizione deve produrre conseguenze diverse, imperocchè nel primo caso si è in buona fede, nel secondo si è in mala fede. Chi è in buona fede non può esser tenuto ad altro che a rimetterle le cose nello stato in cui erano. Egli non deve risentir danno alcuno, ma al tempo istesso non può trarne vantaggio. Chi è in mala fede non solo non può pretendere vantaggio, ma deve indennizzare tutti i danni risentiti da colui da cui ha ricevuto scientemente l'indebito. Queste deduzioni dettate dalla equità sono sanzionate dalla legge positiva. Chi riceve un debito che non gli è dovuto evidentemente si riceve la cosa altrui, quindi deve restituirla, poco monta che il pagamento sia fatto per errore o per un fine qualunque.

Il diritto romano in questo pagamento senza ragione in chi riceve, senza errore in chi paga, ci vedeva una donazione **cujus per errorem dati repetitio est, eius consultu dati donatio est**.

(1) Chi per errore o scientemente riceve ciò che non gli è dovuto, è obbligato a restituirlo a colui dal quale lo ha indebitamente ricevuto. Art. 1145.

Nel sistema della nostra legislazione le donazioni presunte sono impossibili in fatto d'immobili. In fatto di mobili potrebbe farsi quistione di dono manuale, ma anche questa donazione, se può qualche volta fare a meno del titolo autentico, non può sostenersi che sulla prova della volontà di donare e dell'accettazione della cosa a titolo di donazione. Al postutto non potrebbe mai farsi quistione di restituzione trattandosi d'indebito, ma sotto altro titolo qualunque che qui non è luogo di discutere. Posta la quistione sul terreno dell'indebito, chi lo riceve senza esser creditore non può sottrarsi dall'obbligo di restituire a chi ha pagato sia **per errorem**, sia **consulto**.

Chi riceve un debito di cui è realmente creditore è in ben altra condizione di colui che riceve sapendo di non esser creditore. Egli riceve il suo, ma lo riceve da altri che sa non essere veramente il suo debitore e ben può crederlo un gestore di negozio, ed in buona fede si è privato del titolo e delle cautele relative al suo credito.

Egli non fa dal canto suo male ad alcuno. Esatto il suo credito si acquieta, pago di aver conseguito il suo diritto. Egli non può essere obbligato a restituire ciò che in sostanza è suo, ciò che non potrebbe più ripetere dal vero debitore, perchè sfornito di titolo. In tal caso non resta a chi ha indebitamente pagato altro scampo che di rivolgersi contro il vero debitore per essere rivaluto di ciò che ha pagato per lui (1).

Si badi però che questo regresso è dovuto a colui che **per errorem** si credeva debitore. Ma se egli avesse con tal modo indiritto, avuto il disegno di mettersi in luogo del creditore non sarebbe

(1) Chi per errore si credeva debitore, quando abbia pagato il debito, ha il diritto della ripetizione contro il creditore.

Cessa però tale diritto, se il creditore in conseguenza del pagamento si è privato in buona fede del titolo e delle cautele relative al credito; nel quale caso è salvo a colui che ha pagato, il regresso contro il vero debitore. Art. 1146.

secondato nella sua malizia. Egli potrebbe divenir cessionario del credito, ma in tal caso saremmo su di altro terreno in cui per ora non vogliamo entrare. Il regresso per ragion d'indebito compete solo a colui che può dire al vero debitore: **per errore** ho pagato il vostro debito, rivaletemi.

Chi riceve in mala fede ciò che non gli è dovuto deve restituire la cosa, senza trarne alcun vantaggio non solo, ma eziandio deve risarcire il danno accagionato a chi ha indebitamente pagato: quindi è tenuto a restituire tanto il capitale quanto gl'interessi o i frutti dal giorno del pagamento (1).

La cosa dev'esser restituita in natura se esiste, se non sussiste o sia deteriorata deve restituirsi il valore ancor che il perimento o deperimento sia avvenuto per caso fortuito. Se è in buona fede egli non può aver danno, ma non può trarre vantaggio, quindi è obbligato alla restituzione sino alla concorrenza di quanto ha profittato (2). Se avesse venduta la cosa in buona fede deve restituire il prezzo che ha ricavato dalla vendita o l'azione per conseguirlo (3).

In tutti i conti però colui a cui è restituita la cosa deve rimborsare il possessore, anche di mala fede, delle spese fatte per la conservazione della cosa e le utili, e queste nel meno tra lo speso

(1) Quegli che ha ricevuto il pagamento, se era in mala fede, è tenuto a restituire tanto il capitale, quanto gli interessi o i frutti dal giorno del pagamento. Art. 1147.

(2) Quegli che indebitamente ha ricevuta una cosa, deve restituirla in natura, se sussiste: qualora la cosa più non sussista o sia deteriorata, quegli che l'ha ricevuta in mala fede, deve restituirne il valore, ancorchè la cosa sia perita ovvero sia deteriorata per solo caso fortuito; ed avendola ricevuta in buona fede, non è tenuto alla restituzione che sino alla concorrenza di ciò che è stato rivolto in suo profitto. Art. 1148.

(3) Chi ha venduto la cosa ricevuta in buona fede, non è tenuto che a restituire il prezzo ricavato dalla vendita od a cedere l'azione per conseguirlo. Art. 1149.

ed il migliorato (1). È chiaro che queste spese di conservazione ed utili rappresentano un capitale tutto proprio del possessore e di cui si profitterebbe senza ragione da chi riceve la cosa sua.

SEZIONE III.

dei delitti e quasi delitti

279. Dal medesimo principio **neminem laedere** nasce il dovere del risarcimento del danno arrecato, dovere sanzionato dalla legge positiva.

Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno. Art. 1151.

Il fatto dannoso va detto generalmente **delitto**. Ma il delitto costa di due elementi: **dolo**, cioè intenzione di nuocere; **danno** arrecato. Questo è possibile senza il dolo; il fatto non doloso, ma dannoso è un **quasi delitto**. Il risarcimento è dovuto non in ragione del dolo, ma del danno, e quindi comprende tanto il delitto che il quasi delitto.

Qualunque fatto può essere dannoso, ma non qualunque fatto dannoso obbliga al risarcimento. Il fatto dannoso per obbligare al risarcimento dev'essere un fatto **illecito**, una violazione del diritto altrui, e fatto **voluto**. Il fatto voluto è espresso dalla legge colle parole qualunque **fatto dell'uomo**. Il fatto dell'uomo è il risultato complesso dell'intelletto e della volontà. Chi non ha volontà e coscienza del suo fatto è un automa non un uomo. Il sonnambolo che dorme nella vostra stanza e per un fatto di sonnambulismo rompe il vostro specchio da 100 lire, le vostre porcellane, i vostri cristalli, non è tenuto ad alcun risarcimento, poichè il suo fatto dannoso non è un fatto dell'uomo.

(1) Colui al quale è restituita la cosa, deve rimborsare anche il possessore di mala fede delle spese fatte per la conservazione della cosa, e delle utili a norma dell'articolo 705. Art. 1150.

Il fatto dannoso, che dà luogo a risarcimento, dov'essere un fatto **illecito**, una violazione del diritto altrui. Chi si serve del suo diritto, quantunque incontra il danno altrui, non deve risarcimento. Questo concetto è espresso dalla legge con le parole: **per colpa**. È in colpa colui che volontariamente fa un'azione illecita, un fatto col quale offende il diritto altrui, senza per altro la intenzione di nuocere.

280. Non solo il fatto illecito e volontario obbliga al risarcimento colui per la di cui colpa è avvenuto, ma anche il non fatto, l'omissione, l'inazione volontaria e colposa. L'illecito s'incontra tanto nell'azione che nella inazione. La legge si viola con l'azione quando si commette un fatto vietato, con l'inazione quando non si fa ciò che la legge, in determinati casi, impone di fare. La legge impone riparare gli edifici minaccianti rovina. Se io non riparo il mio edificio crollante, questo rovinando fa danno al mio vicino; la mia omissione volontaria ed illecita mi obbliga al risarcimento del danno. La negligenza o l'imprudenza non sono che la omissione della accortezza e della prudenza, quindi:

Ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza. Articolo 1152.

281. Ora è negligenza, è imprudenza, omissione insomma di fare ciò che la legge impone di fare, quando si trascura di sorvegliare persone che ci dipendono, animali che ci appartengono, così che i danni cagionati da tali persone o da tali animali sono da attribuirsi alla nostra negligenza od imprudenza, e quindi ricadono nella nostra responsabilità. Qui ci è di speciale che la legge senz'altro presume che il danno commesso da uomini o cose, che per sé stesse sono irresponsabili, sia avvenuto per difetto di vigilanza, e quindi per negligenza ed imprudenza di coloro che dalla legge hanno l'obbligazione di vigilarli e dirigerli.

Or la legge impone ai genitori l'obbligo di vigilare e dirigere le azioni dei figli minori abitanti con essi, ai tutori quelle de' loro amministrati, ai padroni e committenti quelle dei domestici e com-

messi quanto all'esercizio delle rispettive incombenze, ai precettori ed artigiani quelle dei loro rispettivi allievi ed apprendenti pel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. Dunque qualunque danno commesso dai minori, dai domestici, commessi, allievi od apprendisti, nei rapporti e circostanze come sopra, - è un danno di diritto presunto avvenuto per imprudenza e negligenza dei genitori, tutori, padroni, precettori, artigiani e quindi attaccato alla loro responsabilità. Fondata questa responsabilità sopra una presunzione, naturalmente cede sotto la forza della prova contraria, ed è dato a costesti responsabili esimersene provando di non aver potuto impedire il fatto dannoso. Però quanto ai padroni e committenti, pei danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio dell'incombenze alle quali li hanno destinati, questa prova di non aver potuto impedire il danno non è ammessa, imperocchè la loro colpa sta nell'aver affidato incombenze disadatte ai loro mezzi (1). È qui va bene inteso che trattasi di domestici e commessi irresponsabili individualmente. È allora che la responsabilità ricade sui padroni e committenti. Se il domestico o il commesso è per sè stesso responsabile come agente con discernimento, egli deve rispondere del danno personalmente. Però la legge è assoluta. I padroni ed i committenti sono

(1) Ciascuno perimente è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o colle cose che ha in custodia.

Il padre e in sua mancanza la madre sono obbligati pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi;

I tutori pei danni cagionati dai loro amministrati abitanti con essi;

I padroni ed i committenti pei danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati;

I precettori e gli artigiani pei danni cagionati dai loro allievi ed apprendenti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

La detta responsabilità non ha luogo, allorchè i genitori, i tutori, i precettori e gli artigiani provano di non avere potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili. Art. 1153.

risponsabili dei danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati, e sono esclusi dalla facoltà di far prova di non aver potuto impedire il danno. Così assolutamente intesa la legge sarebbe ingiusta. Se un industriale di carrozze a nolo adopera un cocchiere maggiore di età, prudente, accorto, e costui nell'esercizio della sua incombenza commette un danno, il padrone non può essere risponsabile di alcuna imprudenza o negligenza, imperocchè da parte sua aveva adoperato un domestico atto alla incombenza. Ma la legge non poteva esporre il danneggiato agli eventi della risponsabilità, spesso efimera, di un domestico o di un commesso; essa chiama risponsabile il padrone, ma non potrebbe negare a lui il diritto di farsene rimborsare dal suo domestico.

Per l'istessa ragione del difetto di prudenza od accortezza:

Il proprietario di un animale o chi se ne serve, pel tempo in cui se ne serve, è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o sia fuggito. Art. 1154.

Il proprietario di un edificio è obbligato pe' danni cagionati dalla rovina di esso, quando sia avvenuta per mancanza di riparazione o per un vizio nella costruzione. Art. 1155.

282. Finalmente la legge dichiara tenuti in solido tutti coloro ai quali il delitto o quasi delitto è imputabile. Questo articolo fu sanzionato per derimere la quistione, che tra gli scrittori ed il foro si agitava.

Oramai non può più dubitarsi che:

Se il delitto o quasi-delitto è imputabile a più persone, queste sono tenute in solido al risarcimento del danno cagionato. Art. 1156.

CAPO II.

delle diverse specie di obbligazioni

SEZIONE I.

delle obbligazioni condizionali

283. Le obbligazioni possono classificarsi in rapporto alla genesi — alla natura — al subbietto — all'oggetto — al tempo.

a. Genesi. Le obbligazioni hanno origine dalla legge o dalla convenzione — le prime chiamansi **legali** le altre **convenzionali**. Le legali si distinguono in **naturali civili** o **miste**.

L'uomo come uomo ha dei doveri a compiere indipendentemente da ogni rapporto sociale, doveri che provengono dalla natura e perciò chiamati **naturali**. La legge di natura non ha principio di costringimento esterno, quindi nel fatto questi doveri sono inefficaci nella vita sociale. Alcuni di essi però sono di effetto necessario nella vita sociale; la legge positiva l'adotta, li munisce di sanzion penale, ne fa un dovere civile, una obbligazione, ed accorda a colui cui l'obbligazione è dovuta il diritto di provocare il potere pubblico, perchè costringa l'obbligato all'adempimento della obbligazione. Questo diritto di costringimento dicesi **azione**. L'obbligazione che ha la sua origine nella natura, e la sanzione dalla legge positiva, dicesi **mista**. I doveri naturali che non sono di effetto necessario sulla vita sociale son lasciati nella loro originalità. La legge positiva non ha sanzione per essi. La loro esecuzione è abbandonata all'onestà ed alla morale del debitore, e diconsi doveri puramente naturali. L'adempimento di essi costituisce il carattere dell'uomo onesto; l'adempimento delle obbligazioni costituisce il carattere dell'uomo giusto. Vi sono poi delle obbligazioni che sono di creazione esclusiva della legge positiva per condizionare l'uomo nella vita sociale. Queste obbligazioni sono meramente **civili**.

Pagare i balzelli, le imposte, prestare il servizio militare sono obbligazioni puramente civili. Pagare la scommessa, la perdita del

gioco, pagare il debito tuttochè prescritto sono doveri naturali. La legge positiva non ha sanzione per i doveri naturali: non dà azione per essi, ma non può scendere alla immoralità di sconoscerne l'adempimento volontario. Nega l'azione per l'adempimento, nega l'azione per ripetere ciò che si è volontariamente pagato, permetto che siano riconosciuti e tradotti nella forma civile, purchè il motivo per cui furono lasciati nello stato di origine non sia di ordine pubblico. Così, per esempio, abolita la feudalità ed i diritti feudali resta sempre fermo il dovere di pagare la rendita feudale costituita con la cessione di un fondo, o di restituire il capitale ricevuto. Se il debitore paga la sua annualità volontariamente non avrebbe dalla legge un'azione per ripeterla, ma non potrebbe con atto di ratifica o di conferma far rivivere il diritto feudale, imperocchè violerebbe lo scopo che nell'interesse dell'ordine pubblico la legge si proponeva con l'abolizione del feudalismo.

284. Natura. Condizione nel senso stretto significa **avvenimento futuro ed incerto** da cui si fa dipendere l'adempimento, la modificazione o la risoluzione di una obbligazione. Deriva dal verbo **condere** stabilire: dal supino **conditu** si è fatto il sostantivo astratto **conditio**. In senso ampio condizione è un patto diretto a sospendere risolvere o modificare una obbligazione. Ora una obbligazione riguardata nella sua natura, se non ha condizione di sorte dicesi **pura e semplice**, se ne ha alcuna, dicesi **condizionale**:

È condizionale l'obbligazione, la cui sussistenza o risoluzione dipende da un avvenimento futuro ed incerto. Art. 1157.

avvenimento **futuro**, perchè il passato ed il presente non sospende nè risolve. Non sospende, perchè se l'avvenimento esiste, l'obbligazione stà fin dal momento della convenzione. Non risolve, perchè il passato è nulla, e dal nulla, nulla si fa. Avvenimento **incerto** perchè il futuro certo è termine non condizione. L'incertezza deve riguardare l'avvenimento non il tempo. Se l'avvenimento è certo dev'essere incerto almeno il tempo ed il modo. Avviene così che nei testamenti il giorno incerto divien condizione *dies incertus conditio-*

nem in testamento facit, perchè certa la morte, è incerto il tempo in cui avviene. Lego a Caio 1000 da pagarsi un' anno dopo la mia morte. Questo legato è condizionale, in quanto che se Caio morrà entro l'anno della mia morte, il legato è caduco.

L'avvenimento futuro ed incerto che costituisce la **condizione** può attaccarsi ad una obbligazione o per farne dipendere da essa l'**esistenza** della obbligazione o la sua **esecuzione**. Se dalla condizione si fa dipendere l'**esecuzione** è chiaro ch' esiste già una obbligazione potenzialmente attuabile, e che diverrà esecutiva all' avveramento dell'avvenimento futuro ed incerto. Questa condizione operante così la sospensione della obbligazione dicesi condizione **sospensiva**. Se dall'avvenimento si fa dipendere la risoluzione della obbligazione è evidente che la obbligazione stà in tutta la sua forza fin dal momento della convenzione, ma all'avveramento dell'avvenimento si risolve come se non fosse mai esistita, e le cose ritornano nello stato in cui erano prima della convenzione. Questa condizione dicesi **risolutiva**.

E sospensiva la condizione che fa dipendere l'obbligazione da un avvenimento futuro ed incerto.

La condizione risolutiva è quella che, verificandosi, rimette le cose nello stato in cui erano, come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo. Art. 1158.

L'avvenimento futuro ed incerto può essere tale che il suo avveramento non dipende nè dalla volontà del debitore nè da quella del creditore — ovvero dipenda dalla volontà dell' uno o dell' altro — ovvero dipenda dalla volontà di uno de' contraenti e da quella di un terzo, o dal caso: la condizione nel primo caso è **casuale**, nel secondo **potestativa**, nel terzo **mista** (1). Se l'avvenimento è un fatto vie-

(1) Casuale è la condizione che dipende da un evento fortuito, il quale non è in potere nè del creditore nè del debitore: potestativa quella il cui adempimento dipende dalla volontà di uno dei contraenti: mista quella che dipende ad un tempo dalla volontà di una delle parti contraenti e dalla volontà di un terzo, o dal caso. Art. 1159.

tato dalla legge, dalla morale o contrario all'ordine fisico la condizione è **impossibile**.

La scuola distingue pure tutte queste condizioni in **espresse** o **tacite**. Espresse sono quelle che vengono enunciato nel contratto, tacite sono quelle insite nel contratto o per volere della legge, o per la natura della convenzione, o per la presunta volontà delle parti.

Raccapitolando, abbiamo condizione sospensiva — risolutiva — casuale — potestativa — mista — impossibile — e tutte queste espresse o tacite. Vedremo la forza di ciascuna di esse.

285. Ogni obbligazione può considerarsi in due **tempi** cioè in quello della sua **costituzione**, in quello della sua **esecuzione**. La condizione sospensiva non tocca affatto il primo tempo, influisce direttamente sul secondo, imperocchè fa dipendere l'esecuzione dell'obbligazione dall'avveramento del fatto preveduto. In questo stato di cose esiste nel debitore una obbligazione, esiste nel creditore un diritto, ma questa obbligazione e questo diritto sono di attuazione **possibile**, costituiscono direi così un timore od una speranza. Consideriamo questa condizione **sospensiva** in tre tempi: tempo in cui è ancora incerto se l'avvenimento si verifichi o no: **condizione pendente** — tempo in cui è verificato l'avvenimento: **condizione avverata** — tempo in cui è certo che non più si avvererà l'avvenimento: **condizione mancata**. Nella condizione pendente il debitore nulla deve, resta padrone della cosa: dunque se paga per errore ha diritto a ripetere, come colui che paga l'indebito. Se la cosa perisce o deperisce *suo domino perit*, e questo fatto non può avere importanza alcuna nel momento di condizione pendente. Sarà una quistione da vedere nel tempo della condizione avverata. Il debitore padrone della cosa ne dispone a modo suo, però non potendo conferire altrui diritti maggiori di quelli che ha, non potrebbe impegnare la cosa che col vincolo istesso della obbligazione eventuale ch'egli ha.

Il creditore in questo tempo di condizione pendente non ha alcun diritto effettivo sulla cosa che forma l'oggetto della convenzione, ma ne ha uno **eventuale**. Questo diritto eventuale è nel suo pa-

trimonio come ogni altro, quindi dal canto suo può conservarlo, può trasmetterlo così come lo ha (1).

Nel tempo della **condizione avverata** l'obbligazione è perfetta, il debitore deve pagare, il creditore ha diritto di esigere. Da questo momento il creditore è proprietario della cosa, in conseguenza se la cosa perisce interamente, perisce per lui purchè il debitore non sia in mora nel pagare. È qui che può avere influenza il perimento o deperimento della cosa nel tempo della condizione pendente. Dato che, condizione pendente, la cosa sia interamente perita, venuto meno l'oggetto della convenzione, l'obbligazione vien meno anche essa, perchè mancante di oggetto. Se la cosa è deteriorata il debitore adempie il suo impegno consegnandola nello stato in cui si trova, ed il creditore non può volerne di più. Ma se la cosa è perita o deperita per **colpa** del debitore, egli è obbligato di pagare al creditore tutti i danni ed interessi che saranno giustificati, come conseguenza dell'inadempimento della obbligazione (2).

Nel periodo di condizione **mancata**, la convenzione svanisce, ogni rapporto tra il creditore e debitore è finito. *Actus conventio- nalis defecta conventione nihil est, et quod nullum est nullum pro- ducit effectum*. Se non che, quando la condizione è mancata per

(1) Il creditore può, prima che siasi verificata la condizione, esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi diritti. Art. 1171.

(2) Quando l'obbligazione è contratta sotto condizione sospensiva, e, prima che questa si verifichi, la cosa che ne forma l'oggetto, perisce o deteriora, si osservano le seguenti regole:

Se la cosa è interamente perita senza colpa del debitore, l'obbligazione si ha come non contratta.

Se la cosa è interamente perita per colpa del debitore, questi è tenuto al risarcimento dei danni verso il creditore.

Se la cosa è deteriorata senza colpa del debitore, il creditore deve riceverla nello stato in cui si trova, senza diminuzione del prezzo.

Se la cosa è deteriorata per colpa del debitore, il creditore ha il diritto di sciogliere l'obbligazione o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, oltre il risarcimento dei danni. Art. 1163.

colpa del debitore, vale a dire quando il debitore maliziosamente si ha procurato il modo come non fare avverare la condizione, *malitiis non est indulgendum*; la condizione si ha come avverata, il debitore sarà obbligato ad eseguire la sua obbligazione (1).

Ma quando deve dirsi avverata la condizione, quando mancata? La condizione riguarda un fatto da avverarsi a tempo determinato o indeterminato. Se a tempo **determinato**, spirato il termine prefisso se la condizione è **affermativa**, sarà una condizione mancata. Vi darò mille lire se la nave Minerva tornerà dalle Indie fra tre mesi. La condizione è mancata se decorsi i tre mesi la Minerva non sarà ritornata. Se la condizione **affermativa** è a tempo **indeterminato**, la condizione sarà mancata solo quando sarà certo che l'avvenimento non è più possibile. Vi darò mille lire se la Minerva ritornerà dalle Indie. La Minerva avrà intrapreso un viaggio di circolazione nelle Indie, il suo ritorno dovrebbe attendersi per più anni, non importa: la condizione sta: il fatto che la costituisce, il ritorno della Minerva si aspetterà. Ma se sarà contestato il naufragio della Minerva l'avvenimento è **mancato** (2).

La condizione è **negativa** ed a tempo **determinato**. La condizione è verificata se è elasso il tempo o sia resa certa l'impossibilità dell'avvenimento. Vi darò mille se la Minerva non ritornerà dall'Indie fra tre mesi. Elassi i tre mesi se la nave non sarà ritornata o semprechè entro i tre mesi si contesterà il suo l'impossibile ritorno, la condizione è **verificata**. Se la condizione **nega-**

(1) La condizione si ha per adempita, quando lo stesso debitore obbligato sotto condizione ne abbia impedito l'adempimento. Art. 1169.

(2) Quando un'obbligazione è contratta sotto la condizione che un avvenimento segua in un tempo determinato, una tale condizione si reputa mancata, se il tempo sia spirato senza che l'avvenimento sia seguito. Se non vi è tempo determinato, la condizione può sempre essere adempita, e non si ha per mancata, se non quando sia certo che l'avvenimento non seguirà. Art. 1167.

tiva è a tempo **indeterminato**, la condizione sarà verificata solo quando sarà contestata l'impossibilità dell'avvenimento (1).

La condizione **adempita** rende realtà la potenzialità della obbligazione contratta: l'adempimento potenziale diviene reale, il momento della costituzione ed il momento della esecuzione dell'obbligazione si congiungono, questo risale sino a quello e completa col suo effetto retroattivo l'obbligazione fin dalla sua origine. In conseguenza se il creditore è morto nel tempo di aspettazione i suoi eredi profitano della obbligazione nello stato completo di realtà, effettivo, come se l'avessero così trovata nella eredità del defunto (2).

286. La condizione **risolutiva** influisce su tutti due i tempi della obbligazione, cioè sul tempo della costituzione e su quello di esecuzione, imperocchè la sua forza consiste nel **risolvere** l'obbligazione contratta come se non fosse mai esistita, ed a restituire le cose com'erano prima della convenzione istessa, quando la condizione prevista si verifichi (3).

Consideriamo anche questa condizione nei tre tempi di condizione pendente — avverata — mancata.

Nel tempo della condizione **pendente** abbiamo una obbligazione eseguita, la cosa è passata nelle mani del creditore, egli n'è padrone. I frutti sono suoi, e se la cosa perisce *suo domino perit*. Ma per effetto della condizione risolutiva tutto può tornar come pri-

(1) Quando un'obbligazione è contratta sotto la condizione che un avvenimento non segua in un dato tempo, la condizione s'intende verificata, allorchè questo tempo è spirato senza che sia seguito l'avvenimento: essa è verificata egualmente, se prima del termine sia certo che non sarà per seguire l'avvenimento; e se non vi è tempo determinato, essa è verificata solo quando sia certo che l'avvenimento non sarà più per seguire. Art. 1168.

(2) La condizione adempita ha effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione. Se il creditore è morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano al suo erede. Art. 1170.

(3) La condizione risolutiva non sospende l'esecuzione dell'obbligazione: essa obbliga soltanto il creditore a restituire ciò che ha ricevuto, ove accada l'avvenimento preveduto nella condizione. Art. 1164.

ma, quindi la proprietà riconosce nelle sue mani un vincolo di **ri-vocabilità**, ed in conseguenza egli non potrebbe accordare su di essa altro che diritti subordinati al vincolo istesso.

Nel tempo di condizione **avverata** la risoluzione si compie, tutto deve tornare allo stato *quo ante actum*, e questo ritorno dipendendo dall'avveramento di un fatto è indipendente da ogni valutazione del magistrato. La risoluzione si opera **ipso jure**. L'unica ricerca possibile è quella di vedere se il fatto sia o no avvenuto; risolta questa quistione di fatto, nulla resta all'opera del magistrato, la legge ha fatto da se. Se non che la cosa oggetto del contratto deve passare dal creditore al debitore in origine. La condizione si capovolge, il creditore divien debitore e viceversa. Se la cosa è perita o deperita nel periodo di aspettazione, il creditore in origine ora debitore deve rendere completamente indenne il debitore ora divenuto creditore della cosa.

La condizione **risolutiva** è sempre sottintesa nei contratti bilaterali. In questi contratti l'obbligazione di un contraente ha sempre per correlativo l'adempimento della obbligazione dell'altro. Le due obbligazioni si appoggiano, si sostengono a vicenda, se l'una manca risolve l'altra. Però questa risoluzione non avviene **ipso jure**. Se così fosse tutti i contratti bilaterali sarebbero subordinati alla condizione potestativa, e diverrebbero una illusione.

La condizione risolutiva **verificata** mette il contraente che ha adempito alla sua obbligazione nel diritto o di costringere l'altra parte all'adempimento se è possibile, ovvero domandare lo scioglimento del contratto, ed in ambidue i casi farsi rivalere dei danni interessi. Questa risoluzione deve dimandarsi giudiziarmente, e secondo le circostanze i magistrati sono facoltati a concedere una dilazione al convenuto (4).

(4) La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfacea alla sua obbligazione.

In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte, verso

La condizione risolutiva **mancata**, consolida l'obbligazione.

287. La condizione **impossibile** è nulla e porta con sé la nullità della obbligazione che ne dipende. Mancherebbe l'oggetto del contratto e non vi è contratto senza oggetto. Però se la condizione impossibile è espressa nella forma negativa, deve tenersi come una iattanza una futilità, e farebbero sussistere intera la obbligazione dipendente. Vi darò mille lire se **non** toccherete la luna, o se **non** negherete gli alimenti a vostro padre, o se **non** camminerete ignudo per la via. Queste condizioni di non fare ciò ch'è moralmente e fisicamente impossibile a farsi, rivelano una futilità inattendibile e da considerarsi come non fatta (1).

288. La condizione **potestativa** fa dipendere l'esecuzione delle obbligazioni dalla volontà della parte obbligata: in conseguenza è la negazione del **vinculum juris** che è l'effetto della convenzione, quindi non vi è contratto non vi è obbligazione (2).

Ad ogni modo la condizione è una modalità del contratto, il contratto è costituito dalla volontà delle parti, dunque nell'eseguirlo deve sempre tenersi di mira il modo verisimilmente voluto ed inteso dalle parti (3).

cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi.

La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze. Articolo 1165.

(1) Qualunque condizione contraria al buon costume od alla legge, o che impone di fare una cosa impossibile, è nulla e rende nulla l'obbligazione da essa dipendente. Art. 1160.

La condizione di non fare una cosa impossibile non rende nulla la obbligazione contratta sotto la medesima. Art. 1161.

(2) È nulla l'obbligazione contratta sotto una condizione, che la fa dipendere dalla mera volontà di colui che si è obbligato. Art. 1162.

(3) Qualunque condizione debb'essere adempita nel modo verisimilmente voluto ed inteso dalle parti. Art. 1166.

289. Altra distinzione delle obbligazioni in quanto alla loro **natura** è in principali ed accessorie.

L'obbligazione **principale** è quella che forma l'oggetto **diretto** della convenzione. Così nella vendita l'obbligazione principale del venditore è il trasferimento della proprietà della cosa venduta al compratore, e per costui il pagamento del prezzo. L'**accessoria** è quella che sta in **supplemento** della principale. Essa è di varie specie. Alle volte nasce dalla natura stessa del contratto e dalla legge, altre volte dalla convenzione speciale. Così la obbligazione del risarcimento dei danni interessi per inadempimento della obbligazione principale, nasce dalla natura stessa del contratto e dalla legge. La obbligazione di dare una somma determinata pel solo fatto dell'inadempimento della obbligazione principale, obbligazione altrimenti detta **con clausola penale** è una obbligazione accessoria che nasce dal **patto speciale**.

La obbligazione accessoria alle volte prende il luogo della principale ch'è estinta, alle volte sussiste con essa, alle volte sussiste nel fatto, ma è alternativa nella esecuzione. Così la cosa venduta perisce: l'obbligazione principale, la consegna della cosa è impossibile: l'accessoria ossia l'obbligazione di pagare i danni interessi, prendo il luogo di essa. Il venditore ritarda la consegna della cosa: egli è in mora. Egli cumula due obbligazioni la principale per la consegna, l'accessoria pei danni interessi dovuti per la mora. Il creditore stipola la clausola penale: il debitore è inadempiente: il creditore ha diritto di costringerlo o per l'adempimento della obbligazione principale, o per il pagamento della penale stipulata.

Obbligazione principale dicesi pure quella che taluno assume per se stesso, accessoria quella che si assume per un'altro come la fideiussione.

290. **Subbietto**. In quanto al subbietto le obbligazioni si distinguono in solidali o non solidali.

Delle obbligazioni in solido

291. Solidalità è un fatto della legge o dell'uomo per lo quale **più** persone obbliganti ed obbligate si considerano rispettivamente come una **sola** persona, quindi vi è solidalità di creditori — solidalità di debitori — solidalità legale e convenzionale.

Invano cercheremo nel diritto razionale una giustificazione della solidalità. Essa è una istituzione puramente civile, è uno di quei fatti autorizzati dalla legge per un principio di utilità.

292. Per regola ciascuno obbliga se stesso ed obbliga altri verso se solo. Per aversi di **più** obbligati non obbligato **solo**, o di **tutti** gli obbliganti un obbligante **solo** è necessaria una espressa disposizione di legge ed avremo la **solidalità legale**, o una espressa dichiarazione dell'uomo ed avremo la solidalità **convenzionale**. Da ciò il principio

L'obbligazione in solido non si presume ma debb'essere stipulata espressamente.

Questa regola non cessa, fuorchè nei casi nei quali l'obbligazione in solido ha luogo di diritto in forza della legge Art. 1188.

293. La solidalità fra creditori si ha quando il titolo espressamente attribuisce a ciascuno di loro il diritto di domandare il pagamento dell'intero credito.

Per effetto di questa convenzione cento creditori di fronte ad un solo debitore, sono un **solo** creditore. Siano qualunque i rapporti dei creditori fra loro, di fronte al debitore in rapporto alla obbligazione, rappresentano una personalità: il debitore è liberato col pagamento fatto a chiunque di loro. Ciascuno, rappresenta tutti, ciascuno è mandatario di tutti per la conservazione e per la esazione

(a) E. la IV del codice.

del credito, ciascuno può domandare solo, al debitore il credito di tutti; il debitore deve rispondere alla domanda giudiziale di chiunque tra i suoi creditori solidali.

I creditori possono avere sulla cosa loro dovuta diritti eguali o disuguali; ma in rapporto all'intero ciascuno si considera mandatario per esigere e conservare il credito comune, ma non può come nessun mandatario potrebbe distruggere la cosa comune. Quindi se egli rimette il debito, lo rimette per la parte che lo riguarda senza interessare il diritto degli altri (1).

294. La teoria della solidarietà tra i debitori è l'inversa di quella dei creditori. Là vi sono cento creditori di cui la solidarietà ne fa un solo. Là il pagamento fatto ad uno dei creditori libera il debitore verso tutti, qui il pagamento fatto da un solo dei debitori libera tutti. Là un creditore solo come socio e mandatario di tutti i creditori rivolge l'azione contro il debitore qualunque sia il suo rapporto coi creditori solidali, qui il creditore rivolge la sua azione contro un solo dei debitori qualunque sia il rapporto dei debitori fra loro, qualunque sia la loro partecipazione alla cosa dovuta, qualunque la modalità che individualmente li riguarda, ed il debitore richiesto come socio e mandatario dei condebitori per l'estinzione del debito deve pagare l'intero senza eccezione, e libera gli altri verso il creditore (2).

(1) L'obbligazione è in solido verso più creditori, quando il titolo espressamente attribuisce a ciascuno di loro il diritto di chiedere il pagamento dell'intero credito, e il pagamento fatto da uno di essi libera il debitore, ancorchè il beneficio dell'obbligazione si possa dividere fra i diversi creditori. Art. 1184.

Il debitore ha la scelta di pagare o all'uno o all'altro dei creditori in solido, quando non sia stato prevenuto da uno di essi con giudiziale domanda.

Ciò non di meno la rimessione fatta da un solo dei creditori non libera il debitore se non per la porzione di questo creditore. Art. 1185.

(2) L'obbligazione è in solido per parte dei debitori, quando sono obbligati ad una medesima cosa, in maniera che ciascuno possa essere

Il diritto del creditore dura finchè dura il debito cioè fintantochè non è soddisfatto dell' intero e quindi;

Le istanze giudiziali promosse contro uno dei debitori non tolgono al creditore il diritto di promuovere altre simili contro gli altri debitori. Art. 1190.

La domanda degli interessi proposta contro uno dei debitori in solido fa decorrere gli interessi riguardo a tutti. Art. 1192.

Il debitore in solido convenuto dal creditore può opporre tutte le eccezioni che gli sono personali, e quelle pure che sono comuni a tutti gli altri condebitori.

Non può opporre le eccezioni, che sono personali soltanto ad alcuni degli altri condebitori. Art. 1193.

La condizione giuridica dei debitori solidali s' identifica unicamente quanto alla comune obbligazione di estinguere il debito. Per tutto altro rapporto la condizione giuridica di un debitore è perfettamente estranea a quella dell' altro di cui in conseguenza non può giovarsi nè subire pregiudizio. Questo principio dà ragione a molte disposizioni legislative che ne sono la conseguenza. Identificate le personalità dei debitori quanto al debito comune di fronte al creditore, ciascun di loro rappresenta l' altro riguardo all' estinzione del debito. Quindi ciascuno può opporre e le eccezioni personali proprie e le comuni.

293. Sono eccezioni comuni:

L' inesistenza o la nullità delle obbligazioni per difetto di causa

costretto al pagamento per la totalità, e il pagamento eseguito da un solo liberi gli altri verso il creditore. Art. 1186.

L' obbligazione può essere in solido, ancorchè uno dei debitori sia obbligato in modo diverso dall' altro al pagamento della medesima cosa; come quando l' obbligazione dell' uno è condizionale e semplice quella dell' altro, ovvero se uno ha un termine a pagare che non è concesso all' altro. Art. 1187.

Il creditore può rivolgersi contro uno fra i debitori a sua scelta, senza che il debitore possa opporgli il beneficio della divisione Art. 1189.

o di oggetto; — il pagamento fatto in un modo qualunque; — la remissione totale; — la prescrizione; — l'avveramento di una condizione risolutiva o sospensiva.

296. Sono eccezioni personali:

L'avveramento di una condizione sospensiva o risolutiva, alla quale uno dei condebitori ha specialmente subordinata la sua obbligazione; — la remissione parziale; — il pagamento parziale accettato; — la nullità dell'obbligazione per difetto di errore, di consenso, di causa, di oggetto; — l'incapacità individuale.

297. Queste eccezioni personali costituiscono condizioni giuridiche distinte ed incommutabili delle quali uno dei debitori non può giovare se non in quanto influiscono sul debito.

Se di cinque obbligati uno si obbliga condizionalmente, quattro puramente e semplicemente ma tutti col vincolo solidale, è chiaro che per uno il debitore è condizionale per quattro è puro e semplice. Convenuto uno dei quattro non può far sua la eccezione dell'obbligato condizionale e deve pagare l'intero. Convenuto l'uno può respingere la domanda con l'eccezione che l'è propria cioè della condizione pendente. Vale lo stesso per le altre eccezioni personali nullità ed incapacità cennate di sopra.

Se dei cinque debitori uno ha ricevuto la remissione del debito, gli altri quattro se ne giovano di questa eccezione personale, imperocchè il debito è ridotto di un quinto, ed il creditore non potrebbe esigerlo che ridotto così. È una eccezione personale ad uno dei debitori, che per la sua attinenza alla cosa dovuta divien comune agli altri creditori. Vale l'istesso per l'eccezione personale di pagamento parziale, e per tutto ciò ch'equivala a pagamento, ossia tutto ciò che tende ad estinguere la obbligazione come la confusione e la compensazione (1).

(1) Quando uno dei debitori diventa erede del creditore, o quando il creditore diventa erede di uno dei debitori, il credito in solido non si estingue che per la porzione di quel debitore. Art 1194.

Le condizioni personali debbono andare intese con una distinzione, cioè: personali propriamente dette come sarebbero l'avveramento della condizione, la nullità per errore, l'incapacità individuale, e queste sono eccezioni incommunicabili: personali **latu senso** come sarebbero la remissione e il pagamento parziale, e queste sono comunicabili non come cause di estinzione, ma come cause di diminuzione di debito.

I condebitori sono considerati come soci **ad extinguentiam non ad augendam obligationem**. Vien da ciò che accresciuta l'obbligazione da parte o per colpa di un solo egli solo è tenuto pel di più. La cosa dovuta è perita per colpa o durante la mora di uno dei debitori solidali: il creditore ha diritto di esigere l'obbligazione principale riguardo a tutti, ma i danni interessi son dovuti dal debitore in colpa od in mora (1). *Ita lex est*, ma questa legge rigorosamente non è sostenibile. Il creditore in rapporto al suo credito ed in rapporto a' suoi debitori solidali non può essere obbligato a vedere più di un debito più di un debitore. La sua condizione giuridica costituita dall'articolo 1186 è violata. Perisca la cosa per colpa di uno o di tutti, siano uno o più o tutti in mora la sua posizione non può esser pregiudicata, e vi è per lui un pregiudizio nell'essere obbligato ad indagare chi dei suoi debitori è in colpa o in mora, separare l'azione per obbligazione principale ed accessoria, soggettarlo ad imbarazzi non consentiti. Chi debba o no rispondere del danno avvenuto è una quistione legittimissima tra i condebitori, ma è ingiusta di fronte al creditore.

298. La solidarietà vien meno o diminuisce per fatto del creditore. Egli può rinunciare alla solidarietà: se rinunzia, il vincolo è

(1) Se la cosa dovuta è perita per colpa o durante la mora di uno o più debitori in solido, gli altri condebitori non restano liberati dall'obbligo di pagarne il prezzo, ma non sono tenuti al risarcimento dei danni.

Il creditore può ripetere tale risarcimento soltanto dai debitori, per colpa dei quali la cosa è perita, o che erano in mora. Art. 1191.

sciolto. Se rinunzia alla solidarietà a favore di un solo, egli si obbliga di non agire contro di lui solo, per tutti; ma conserva il suo diritto integro contro degli altri (1). Di fatti egli rinunciando alla solidarietà di uno non gli rimette il debito cosicchè non possa esigerlo intero dagli altri, egli non fa che restringere la solidarietà che aveva sopra cinque debitori a quattro, limitare il suo diritto di agire contro quattro anzicchè sopra cinque. Ben altro è il caso della ricezione parziale della quota di un debitore solidale. Questa ricezione può produrre effetti differenti in rapporto al debitore che paga la sua quota ed in rapporto agli altri creditori. Il creditore ch' esige da un debitore la sua quota separatamente e nella quietanza riserba i suoi diritti in generale, o segnatamente riserba la solidarietà, ovvero non fa alcuna riserba, non fa altro che ricevere un acconto del suo credito e lascia il suo credito in tutta l' integrezza della sua natura. Ma se egli senza far riserba alcuna dichiara ricevere in quella somma la quota dovuta da quel debitore è chiaro che gli rimette la solidarietà cioè fa una rimessione speciale tacita della solidarietà. Questa rimessione speciale non altera la condizione giuridica degli altri meno che per la riduzione del debito. Il creditore rivolge la sua azione contro uno dei debitori per la sua parte: il debitore aderisce e paga, ovvero una sentenza lo condanna a pagare la sua parte, la rimessione parziale è avverata: non così se vi fosse stata la semplice domanda, non aderita dal debitore, non seguita da condanna. La rimessione speciale non si presume con la dimanda semplice della quota di un debitore non accettata nè aggiudicata, la rimessione generale della solidarietà non si presume per la ricezione separata della parte di un conde-

(1) Il creditore che acconsente alla divisione del debito a favore di uno dei condebitori, conserva la sua azione in solido contro gli altri per l'intero credito. Art. 1195. (a).

(a) Questa è una novità del codice italiano. Il codice francese ritiene come i codici italiani preesistenti ritenevano in questa rinunzia una minorante della solidarietà.

bitore senza riserva. In somma la rinuncia alla solidarietà generale deve risultare da una dichiarazione espressa, la rimessione speciale da una dichiarazione di esigere dal debitore per la sua quota (1).

La stessa regola va applicata per rapporto agl'interessi e frutti percepiti salvo il caso della prescrizione estintiva della solidarietà acquistata col pagamento separato per dieci anni continui (2).

299. La solidarietà è un rapporto tra creditore e debitori che dura quanto il debito: estinto in un modo qualunque il debito non vi è più solidarietà, i rapporti dei debitori fra loro van regolati col criterio della partecipazione che ciascuno di essi aveva nella cosa costituente l'obbligazione, quindi il principio:

L'obbligazione contratta in solido verso il creditore si divide di diritto fra i debitori: questi non sono fra loro obbligati, se non ciascuno per la sua parte. Art. 1198.

e da questo principio la conseguenza che il condebitore che paga lo intero non può ripetere dagli altri che la parte di ciascuno.

300. Ma in tal caso, se tra i debitori si trovano degli insol-

(1) Il creditore che riceve separatamente la parte di uno dei debitori senza riservarsi nella quitanza l'obbligazione in solido o i suoi diritti in generale, non rinuncia all'obbligazione in solido se non riguardo a questo debitore.

Non si presume che il creditore abbia liberato il debitore dall'obbligazione in solido, quando ha ricevuto da questo una somma eguale alla sua parte, se la quitanza non dichiara che la riceve per la sua parte.

Lo stesso ha luogo per la semplice domanda fatta contro uno dei condebitori per la sua parte, se questi non vi ha aderito, o se non è stata pronunziata una sentenza di condanna. Art. 1196.

(2) Il creditore che riceve separatamente e senza riserva da uno dei condebitori la sua porzione dei frutti maturati o degli interessi del debito, rinuncia all'azione in solido per i frutti od interessi scaduti, ma non per quelli che hanno da scadere nè pel capitale, eccetto che il pagamento separato siasi continuato per dieci anni consecutivi. Art. 1197.

venti, il debitore che ha pagato l'intero subirà la perdita della quota dell'insolvente? Il debitore ha pagato l'intero come mandatario di tutti i debitori. La perdita è comune la parte dell'insolvente verrà divisa tra tutti (1).

Ma se tra i condebitori vi sarà uno o più ai quali fu parzialmente rimessa la solidalità, dovranno questi concorrere per contributo alla parte degli insolventi?

Pothier il creatore direm così della teoria delle obbligazioni insegnava che la remissione speciale della solidalità, valeva liberazione da tutti gli effetti di essa, ed il creditore assumeva implicitamente a suo carico la insolvibilità di taluno dei creditori: e molti seguirono questa dottrina anche dopo la codificazione benchè il codice francese non ritenne la dottrina del Pothier. Il codice italiano chiama al contributo il debitore sciolto dalla solidalità (2).

Evvi il caso in cui un debito solidale fu contratto nell'interesse di un solo dei debitori. La natura del debito solidale non cambia in rapporto al creditore. Il debitore unico interessato, è un debitore garantito da più fideiussori di fronte ai condebitori solidali. Il debito è tutto suo, egli deve rispondere dell'intero verso colui che ha pagato per lui (3), però s'egli fosse divenuto insolvente, il debito sarebbe diviso fra tutti gli altri.

(1) Il condebitore in solido che ha pagato l'intero debito, non può ripetere dagli altri condebitori che la porzione di ciascuno di essi.

Se uno di questi fosse non solvente, la perdita cagionata dalla sua non solvenza si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solventi, e sopra quello che ha fatto il pagamento. Art. 1199.

(2) Nel caso in cui il creditore ha rinunciato all'azione in solido verso alcuno dei debitori, se uno o più degli altri condebitori diventano non solventi, la porzione di questi è per contributo ripartita tra tutti i debitori, ed anche fra quelli che sono stati precedentemente liberati dall'obbligazione in solido per parte del creditore. Art. 1200.

(3) Se l'affare per cui fu contratto il debito in solido, non riguarda che uno degli obbligati in solido, questi è tenuto per tutto il debito verso gli altri, i quali relativamente ad esso non sono reputati che come suoi fideiussori. Art. 1201.

301. **Oggetto.** In rapporto all'oggetto le obbligazioni si distinguono in semplici o composte, in divisibili o indivisibili.

Guardando l'obbietto di una obbligazione possiamo scorgerlo in **una** prestazione di cosa singola e determinata,* e questa prestazione è materialmente od idealmente indivisibile *id est quando praestatio nec in partes quantas nec in partes quotas dividi potest*, ovvero benchè materialmente divisibile, dai contraenti si vuole ritenere indivisibile. L'obbligazione di prestazione indivisibile dicesi obbligazione **indivisibile**, come **divisibile** dicesi l'obbligazione di prestazione divisibile (1). Può stabilirsi dalle parti contraenti che una obbligazione divisibile non possa prestarsi altrimenti che in solido. Si formerà così la obbligazione solidale tra più obbligati, che sarà regolata come di sopra si è detto; ma è cosa tutt'altra che la obbligazione indivisibile di che ora ci occupiamo (2). La solidarietà è subbiettiva, e riguarda la modalità della esecuzione — la indivisibilità è obbiettiva e per determinarla bisogna attendere unicamente alla natura della cosa, o al modo come le parti l'han considerata. Mi obbligo dipingervi la scena del conte Ugolino. Ecco oggetto della mia obbligazione una cosa indivisibile per sua natura. Mi obbligo costruirvi una casa: la costruzione della casa oggetto della mia obbligazione è una cosa indivisibile, perchè nel concetto giuridico, casa è l'insieme di tutte le parti che la compongono. In generale le obbligazioni di fare hanno uno oggetto indivisibile e sono in conseguenza obbligazioni indivisibili. Le obbligazioni di dare in generale sono divisibili

(1) È indivisibile l'obbligazione che ha per oggetto una cosa o un fatto non capace di divisione, ed eziandio quella che ha per oggetto una cosa o un fatto, il quale è bensì di sua natura divisibile ma cessa di essere tale, avuto riguardo al modo in cui lo considerarono le parti contraenti.

Ogni altra obbligazione è divisibile. Art. 1202.

(2) L'obbligazione stipulata in solido non acquista il carattere d'indivisibilità. Art. 1203.

perchè l'oggetto è sempre un corpo. Sono indivisibili quando hanno per obbietto un diritto reale come una ipoteca, una servitù, cose incorporali indivisibili, ovvero quando hanno per oggetto un corpo che nel concetto dei contraenti è indivisibile. Così, mi obbligo darvi un cavallo: è il cavallo in tutta la sua integrità e compostezza che forma oggetto della mia obbligazione.

302. La distinzione delle obbligazioni divisibili ed indivisibili non ha importanza quando vi è un creditore ed un debitore. È importante solo o quando vi sono da principio più creditori o più debitori congiunti — o quando il creditore o il debitore unico in principio si trova all'epoca della esecuzione dell'obbligazione rappresentato da più persone. Nelle due ipotesi le conseguenze sono le seguenti.

303. Ciascun creditore non può esigere che la sua parte, ciascun debitore non può esser ricercato che della sua quota quando la obbligazione è divisibile (1). Questo principio soffre eccezione, e

La divisibilità fra gli eredi del debitore non è ammessa,

1.º Quando sia dovuto un corpo determinato;

2.º Quando un solo degli eredi sia in forza del titolo incaricato dell'adempimento dell'obbligazione;

3.º Quando risulti o dalla natura dell'obbligazione, o dalla cosa che ne forma l'oggetto, o dal fine che si ha avuto di mira nel contratto, essere stata intenzione dei contraenti che il debito non potesse soddisfarsi partitamente.

Nei primi due casi l'erede che possiede la cosa dovuta o che è solo incaricato del debito, e nel terzo caso ciascun erede può essere convenuto per l'intero, salvo il regresso contro i coeredi. Art. 1205.

304. Quando l'obbligazione è indivisibile ciascun debitore è ob-

(1) L'obbligazione che è capace di divisione, deve eseguirsi fra il creditore ed il debitore come se fosse indivisibile.

La divisibilità non è applicabile che riguardo ai loro eredi i quali non possono domandare il credito, nè sono tenuti a pagare il debito che per le porzioni loro spettanti o per quelle per cui sono obbligati come rappresentanti il creditore o il debitore. Art. 1204.

bligato per l'intero benchè non vi sia stipulazione di solidalità. Gli eredi sono soggetti all'istesso vincolo, ma l'erede convenuto può ottenere un termine per chiamare in causa i coeredi, ammenocchè il debito non sia di tal natura che non possa essere soddisfatto che da lui solo. In tal caso egli pagherà salvo il regresso contro gli altri (1).

L'erede del creditore può esigere l'intero, ma deve prestar cauzione per l'indennità dovuta agli altri. Padrone del suo non può pregiudicare gli altri; quindi non può rimettere l'intero credito nè convertirlo in prezzo. Se lo ha fatto per la sua parte il coerede non potrà chiedere dal debitore la cosa altrimenti che addebitandosi la parte rimessa o esatta in prezzo (2).

305. L'obbligazione quanto all'oggetto si distingue ancora in semplice e composta. **Semplice** è quella che ha per oggetto unica prestazione, **composta** è quella che ha per obbietto due o più prestazioni, e questa si distingue in congiuntiva alternativa o facoltativa.

(1) Coloro che hanno contratto congiuntamente un debito indivisibile, vi sono obbligati ciascuno per la totalità, ancorchè l'obbligazione non sia stata contratta in solido.

Lo stesso ha luogo riguardo agli eredi di colui che ha contratta una simile obbligazione. Art. 1206.

L'erede del debitore, convenuto per la totalità dell'obbligazione, può domandare un termine per chiamare in causa i suoi coeredi, purchè il debito non sia di tal natura che non possa essere soddisfatto se non dall'erede convenuto, il quale in tal caso può esser egli solo condannato, salvo il regresso contro i coeredi. Art. 1208.

(2) Ciascun erede del creditore può esigere l'intera esecuzione dell'obbligazione indivisibile, coll'obbligo di dar cauzione idonea per l'indennità degli altri coeredi, ma non può egli solo rimettere il debito intero nè ricevere il valore invece della cosa.

Se uno solo fra gli eredi ha rimesso il debito o ricevuto il valore della cosa, il coerede non può domandare la cosa indivisibile, se non addebitandosi la porzione del coerede che ha fatto la rimessione o ricevuto il valore. Art. 1207.

306. La composta congiuntiva si ha quando le prestazioni dipendono da un medesimo titolo ma una è indipendente dall'altra, cosicchè son tante obbligazioni distinte quante sono le prestazioni: *tot sunt stipulationes quot species*. Mi obbligo consegnarvi il mio bufalo e il mio cavallo. L'obbligazione si esegue consegnando e l'uno e l'altro animale. Possono però esservi due prestazioni comprese nel medesimo titolo ma da prestarsene una sola delle due, ed allora la obbligazione dicesi alternativa che va regolata dalle seguenti disposizioni.

307. Nelle obbligazioni alternative le prestazioni son due non congiunte come la composta congiuntiva, ma disgiunte, cosicchè la obbligazione si esegue consegnando o l'una o l'altra prestazione. Vi darò il mio bufalo o il mio cavallo. Il creditore non può esigere che una delle due cose: il debitore è obbligato a dare una delle due, ma non potrebbe dare metà dell'una e metà dell'altra quando la prestazione fosse di oggetto divisibile, nè il creditore potrebbe pretenderla (1).

308. La scelta può convenirsi a favore del creditore o del debitore, ma se non fu espressamente data al creditore appartiene al debitore (2).

Naturalmente,

L'obbligazione alternativa diviene semplice, se una delle due cose promesse perisce, o non può più essere consegnata, quantunque ciò accada per colpa del debitore.

Il prezzo della cosa non può essere offerto in luogo della medesima.

Se ambedue le cose sono perite e il debitore è in colpa riguardo ad

(1) Chi ha contratta un'obbligazione alternativa, si libera prestando una delle cose disgiuntamente comprese nell'obbligazione; ma non può costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra cosa. Art. 1177.

(2) La scelta appartiene al debitore, se non è stata espressamente concessa al creditore. Art. 1178.

una di esse, deve pagare il prezzo di quella che perì l'ultima. Art. 1180.

Quando nei casi espressi nel precedente articolo, la scelta fu accordata nella convenzione al creditore,

Se una soltanto delle cose è perita ma senza colpa del debitore, il creditore deve ricevere quella che resta; ove il debitore sia in colpa, il creditore può chiedere la cosa rimasta o il prezzo della cosa perita;

Se ambedue le cose sono perite o il debitore è in colpa relativamente ad ambedue o anche ad una sola, il creditore può domandare il prezzo dell'una o dell'altra a sua scelta. Art. 1181.

Se le due cose sono perite senza colpa del debitore e prima che egli fosse in mora, l'obbligazione è estinta in conformità dell'art. 1298. Art. 1182.

Le regole stabilite in questa sezione si applicano ai casi, nei quali più di due cose sono comprese nell'obbligazione alternativa. Art. 1183.

• 309. L'obbligazione facoltativa partecipa delle semplici e delle alternative: delle semplici perchè l'obbietto è unico, delle alternative perchè l'unico obbietto può surrogarsi con un altro. Quel ch'è essenziale in queste obbligazioni è di attendere alla natura della prestazione che si dà in vece di quella stipulata, imperocchè essa non è una prestazione aggiunta alla principale cosicchè possa riguardarsi come costituente obbligazione anch'essa, ma è aggiunta solamente come modo di soddisfare alla obbligazione principale. *Non est in obligatione sed adiuncta tantum solutionis causa.* Gli effetti di questa indole della prestazione aggiunta sono interessantissimi, imperocchè per definire se una obbligazione **facoltativa** è immobiliare divisibile o indivisibile non bisogna attendere alla natura della prestazione aggiunta, ma solo a quella della principale. Se la prestazione principale è cosa su cui non può cadere convenzione, come per esempio è una cosa fuori commercio, l'obbligazione è nulla, tuttochè la prestazione aggiunta potrebbe essere oggetto di contratto. Se la prestazione principale è impossibile perchè la cosa è perita, l'obbligazione facoltativa è estinta tuttochè l'aggiunta potrebbe prestarsi.

310. **Effetto.** In rapporto all'effetto le obbligazioni si distinguono in positive e negative, reali o personali — L'obbligazione **positiva** è quella che inapone la necessità di fare o di dare — La **negativa** è quella che impone la necessità di non fare — La obbliga-

zione reale è quella che si attacca alla cosa e la segue da per tutto senza riguardo alla persona alla quale risale unicamente come possessore della cosa. Tale è quella del possessore del fondo ipotecato. Egli è obbligato a pagare o rilasciare il fondo non perchè è debitore del creditore ipotecario, ma unicamente perchè è possessore di quel fondo — La obbligazione personale è quella che si arresta alla persona senza riguardo ai beni a quali in ultima analisi discende per trovare in essi la sua attuazione, perchè i beni sono la garanzia delle obbligazioni personali. L'obbligazione personale può ancora distinguersi in transitiva quando passa dal debitore agli eredi, intransitiva quando si arresta alla sola persona del debitore.

311. Finalmente in rapporto al **tempo** le obbligazioni si distinguono in obbligazioni a tempo determinato o senza tempo determinato. Esse son regolate dalle disposizioni seguenti:

Il **termine** o tempo determinato è estraneo alla esistenza della convenzione. Esso è diverso dalla condizione, e può essere espresso o tacito, di diritto o di grazia. Se la esecuzione di una obbligazione è fissata ad un giorno che certamente verrà l'obbligazione è a tempo determinato. Vi pagherò a primo gennaio 1874 lire mille. Il primo gennaio verrà certamente e la obbligazione sarà in quel giorno eseguita. L'obbligazione sta fin dal momento del contratto, ma la sua esecuzione è sospesa sino al primo gennaio. Il creditore non può esigere nulla durante il termine, imperocchè durante il termine il debitore nulla deve: *qui in termino debet nihil debet*. Ma se il debitore anco nell'ignoranza del termine avesse pagato in tutto o in parte, la soddisfazione non gli darebbe diritto a ripetere ciò che ha pagato (1).

(1) Il termine opposto alle obbligazioni differisce dalla condizione in questo che non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione. Art. 1172.

Ciò che si deve a tempo determinato, non si può esigere prima della scadenza del termine; ma non si può ripetere ciò che si è pagato anticipatamente, ancorchè il debitore ignorasse il termine. Art. 1174.

Il termine è sempre a beneficio del debitore e quindi è in sua facoltà di abbreviarlo o di rinunziarvi. Ma può ancor stare che sia stipulato a beneficio del creditore. Mi pagherete 4000 a primo gennaio 1874 con gl'interessi sino a quel giorno. Ecco un termine stipulato a favore del creditore che ha così assicurato per quel tempo l'impiego del suo capitale. In tal caso, ed in quello in cui dalle circostanze di fatto il termine risultasse stabilito a favore del creditore, il debitore non potrebbe abbreviarlo (1).

Il debitore non deve trar profitto dal termine per ingannare o frodare il suo creditore: in tal caso decaderebbe dal beneficio. Questo beneficio è accordato in vista della condizione del debitore, delle cautele date o promesse. Semprechè la garentia risultante dalla sua condizione venisse meno per disquilibrio economico o perchè il debitore diminuisse le cautele date, o non desse le promesse vi sarebbe decadenza dal beneficio, e la obbligazione diverrebbe eseguibile prontamente come se fosse una obbligazione scaduta (2).

Quando non si è apposto termine alla obbligazione questa è a tempo indeterminato, cioè pura e semplice, e quindi eseguibile prontamente, purchè si possa, avuto riguardo alla natura della obbligazione al tempo ed al luogo della esecuzione.

Il termine a volontà del debitore dev'essere considerato come un abilitazione ad un comodo pagamento cosicchè il debitore non deve abusarne. L'abuso darebbe al creditore il diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria per far stabilire un termine (3).

(1) Il termine si presume sempre stipulato in favore del debitore, se non risulta dalla stipulazione o dalle circostanze, che si è stipulato egualmente in favore del creditore. Art. 1175.

(2) Il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, se è divenuto non solvente, o se per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore, ovvero non gli ha dato le cautele promesse. Art. 1176.

(3) Quando non sia apposto termine, l'obbligazione deve subito eseguirsi semprechè la qualità dell'obbligazione, o il modo con cui deve es-

Si avverta però bene a non confondere il termine con la condizione. Il carattere distintivo del termine è nella determinazione di un giorno certo e nell'avvenire e nell'epoca. Quando il giorno fissato è incerto nell'avvenire o nell'epoca o nell'uno e nell'altro insieme vi è condizione non termine. Vi darò mille lire quando prenderete moglie. È un incerto e nell'avvenire e nell'epoca. Vi darò mille lire quando avrete venti anni: è un incerto nell'avvenire ma non di epoca. Vi darò mille lire alla mia morte: è un incerto di tempo ma non di avvenire. Tutto ciò è condizione anziché termine.

Dicesi poi **espresso** il termine stipulato: **tacito** quello che risulta dalla natura delle cose. **Di diritto** quando tacitamente o espressamente è compreso nel contratto: **di grazia** quando è concesso dal magistrato.

312. Clausola penale. La convenzione è legge fra le parti contraenti, la violazione richiama la pena, e questa pena è il risarcimento dei danni interessi, espressione finale di tutte le obbligazioni violate. Ma a questa sanzion penale della legge può aggiungersene una tutta convenzionale. L'obbligazione così garantita da una pena convenuta e determinata dalle parti contraenti è l'obbligazione con clausola penale.

La clausola penale è quella, con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione. Art. 1209.

Da questa definizione risultano l'indole lo scopo e gli effetti della clausola penale.

sere eseguita, o il luogo convenuto per la sua esecuzione non porti seco la necessità di un termine da stabilirsi dall'autorità giudiziaria.

Spetta egualmente all'autorità giudiziaria di stabilire per l'adempimento dell'obbligazione un termine conveniente, se questo sia stato rimesso alla volontà del debitore. Art. 1173.

La clausola penale è una obbligazione accessoria tutta a vantaggio del creditore, dunque

La nullità dell'obbligazione principale produce la nullità della clausola penale.

La nullità della clausola penale non produce quella dell'obbligazione principale. Art. 1210.

Stipulata a vantaggio del creditore, può da costui abbandonarsi, quindi,

Il creditore può domandare al debitore che è in mora, l'esecuzione dell'obbligazione principale, invece della pena stipulata. Art. 1211.

Però questa penale può appuntarsi e all'inadempimento ed alla semplice mora. Appuntata all'inadempimento rappresenta i danni interessi che ne derivano dalla obbligazione violata, appuntata al semplice ritardo di adempimento cioè alla mora rappresenta i danni interessi che derivano dal ritardo indipendentemente dalla violazione della obbligazione, quindi

La clausola penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento della obbligazione principale.

Il creditore non può domandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando non l'abbia stipulata pel semplice ritardo. Articolo 1212.

313. La mora si misura dal termine, scaduto il termine s'incorre nella mora senza bisogno d'interpellanza, questa sta nel fatto del termine stabilito nel contratto per la esecuzione. Se non vi è termine non vi è criterio per rilevare la mora ed allora è necessario un atto che richiami l'obbligato all'adempimento: questo atto dicesi **messa in mora**, e dallo effetto di questo cioè dalla costituzione in mora, sorge il diritto ad esigere la pena

Se l'obbligazione principale contiene un termine nel quale deve eseguirsi, la pena s'incorre quando il termine viene a scadere; se l'obbligazione non contiene un termine, la pena non s'incorre dal debitore se non quando è costituito in mora. Art. 1213.

314. La pena è tutta convenzionale. Il magistrato non può violare la convenzione. Ma la pena inadeguata alla colpa è una immoralità nell'eccesso. Il magistrato custode e vindice della moralità e della legge, potrebbe ridurre la pena eccessiva, ma a lui manca il criterio come valutare l'eccesso di una clausola penale stabilita dalle parti sulla entità dei loro interessi. È chiaro però che il magistrato può diminuire la pena in ragione della quantità della obbligazione adempita. In tal caso egli non fa che proporzionare la pena stabilita dalle parti alla parte di obbligazione inadempita (1).

315. Come pena la clausola penale non può colpire che l'obligato inadempiente o in mora. Or data una obbligazione indivisibile munita di clausola penale, il creditore è di fronte a tre eredi del debitore. Egli per effetto della indivisibilità del suo diritto ha tre debitori. Uno contravviene alla sua obbligazione: il caso della penale è avverato, il creditore ha diritto di esigerla. Da chi l'esigerà? da tutti tre per effetto della obbligazione indivisibile, o da colui soltanto che ha violata l'obbligazione? o da ciascuno per la sua parte ed ipotecariamente per l'intero?

Un esempio per chiarimento: Tizio acquista da Caio una servitù di passaggio e se la fa garentire con la clausola penale di £. 3000 in caso d'impedimento allo esercizio della servitù, con ipoteca sul fondo B diverso da quello su cui acquistò la servitù. Morto Caio, i suoi tre figli Primo Secondo e Terzo han comune il fondo serviente, Terzo ha nella sua quota il fondo B. **Primo** impedisce l'esercizio della servitù. Il diritto di Tizio ad esigere £. 3000 è verificato. Il diritto di servitù è indivisibile ed i tre eredi debbono rispettare il diritto di Tizio, **Primo** lo viola: è in colpa, e Tizio può esigere da lui le £. 3000. Queste lire 3000 rappresentano una obbligazione di oggetto divisibile quindi Tizio può esigere da ciascuno dei tre eredi del suo debitore lire 1000 per ciascuno: ma egli ha diritto ipotecario e preferisce l'azione

(1) La pena può essere diminuita dal giudice, allorchè l'obbligazione principale è stata eseguita in parte. Art. 1214.

ipotecaria, rivolge quindi la sua azione contro **Terzo** possessore del fondo. **B. Terzo** è obbligato a pagare le £. 3000 ma ha regresso contro **Primo** autore della molestia che ha dato luogo alla pena. Così chiarita è facile la disposizione della legge così espressa;

Quando l'obbligazione principale contratta con clausola penale ha per oggetto una cosa indivisibile, la pena s'incorre per la contravvenzione di un solo degli eredi del debitore, e può domandarsi o per intero contro il contravventore, ovvero contro ciascun coerede per la sua parte, e coll'azione ipotecaria pel tutto, salvo il regresso contro colui pel fatto del quale si è incorso la pena. Art. 1215.

E pel medesimo principio non ostacolato nel suo pieno sviluppo dalla indivisibilità dell'obbligazione ne nasce, che

Quando l'obbligazione principale contratta con clausola penale è divisibile, non s'incorre la pena che da quello degli eredi del debitore che contravviene a tale obbligazione, e per la parte solamente dell'obbligazione principale per cui era tenuto, senza che si possa agire contro coloro che l'hanno eseguita.

Ciò non ha luogo allorchè, essendo stata apposta la clausola penale al fine che non si potesse fare il pagamento in parte, un coerede ha impedito che l'obbligazione venisse per intero adempita. In questo caso può esigersi da esso la pena intera, e dagli altri eredi la sola porzione, salvo a questi il regresso. Art. 1216.

316. Alle volte si vuole cercare una maggiore cautela per l'adempimento di una obbligazione contratta, esigendo dal debitore una somma che debba rappresentare una cautela pel risarcimento dei danni interessi in caso d'inadempimento della convenzione. Questa cautela si dice **Caparra**. Essa sta in luogo dell'adempimento del contratto. Chi recede la perde. Se recede chi l'ha presa, è obbligato a renderla al doppio (1).

(1) Quando non risulta una diversa volontà dei contraenti, ciò che si dà anticipatamente nella conclusione del contratto, si considera come

CAPO III.

degli effetti delle obbligazioni

317. L'obbligazione contratta è l'effetto della propria volontà: nulla di più giusto che ciascuno sia conseguente al proprio fatto ed adempisca esattamente alla obbligazione volontariamente assunta. L'inadempimento priva colui a di cui favore la obbligazione fu stipolata dei vantaggi ch'egli si proponeva di conseguire, questa privazione è un danno, e chiunque produce un danno è tenuto al risarcimento, dunque:

Chi ha contratto un' obbligazione, è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni. Art. 1218.

318. L'esatto adempimento della obbligazione esige la scrupolosa e diligente conservazione della cosa sino alla consegna, e la effettiva consegna della cosa in potere del creditore. Questa consegna, o tradizione della cosa nel sistema della nostra legislazione non riguarda la perfezione del contratto ma la esecuzione della convenzione. Il contratto è perfetto, indipendentemente dalla tradizione, per opera del consenso. Se il contratto è traslativo di proprietà questo trasferimento si fa per opera della legge, pel solo fatto del consenso. Il creditore è proprietario della cosa tutto che questa resti nelle mani del debitore. Come proprietario ha per se il rischio ed il pericolo della cosa sino al momento in cui la consegna è dovuta. Se per la consegna vi è stabilito un termine, la scadenza di questo costituisce il debitore in mora. Se non vi è termine è necessario un atto di costitu-

una cautela per il risarcimento dei danni in caso d'inadempimento della convenzione, e si dice caparra.

La parte che non è in colpa, se non preferisce di ottenere l'adempimento della convenzione, può tenersi la caparra ricevuta e domandare il doppio di quella che ha data. Art. 1217.

zione in mora. La mora mette il rischio e pericolo della cosa a carico del debitore.

L'obbligazione di dare include quella di consegnare la cosa e di conservarla sino alla consegna.

Se il debitore è in mora a farne la consegna, la cosa rimane a rischio e pericolo di lui, quantunque prima della mora si trovasse a rischio e pericolo del creditore. Art. 1219.

Se l'obbligazione consiste nel dare o nel fare, il debitore è costituito in mora per la sola scadenza del termine stabilito nella convenzione.

Se il termine scade dopo la morte del debitore, l'erede non è costituito in mora se non mediante una intimazione od altro atto equivalente, e dopo il decorso di otto giorni dalla intimazione.

Se nella convenzione non è stabilito alcun termine, il debitore non è costituito in mora che mediante un' intimazione od altro atto equivalente. Art. 1223.

319. L'obbligazione consiste in dare o fare o non fare. Se la obbligazione è di dare, il creditore può costringere il debitore alla consegna della cosa, e se la consegna è impossibile la obbligazione si risolve di diritto in quella di risarcimento. Se la obbligazione è di fare, per la massima *ad factum nemo cogitur* il creditore non può costringere il debitore ad un fatto personale, può però essere autorizzato a farla adempire egli stesso a spese del debitore (1). Se l'obbligazione è di non fare, il fatto in contravvenzione è fatto d'inadempimento, quindi dann' interessi, e diritto a distruggere ciò che si è fatto contro la convenzione. Però questa distruzione non può esser lasciata al fatto del creditore senza autorizzare la violenza e secondare possibili disordini e facili reati di sangue: quindi

Il creditore può domandare che sia distrutto ciò che si è fatto in

(1) Non essendo adempita l'obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempire egli stesso a spese del debitore. Articolo 1220.

contravvenzione all'obbligazione di non fare, e può essere autorizzato a distruggerlo a spese del debitore, salvo il risarcimento de' danni. Articolo 1222.

320. Ma qual sarà mai il criterio per valutare i danni e la responsabilità di essi nelle varie contrattazioni?

Nelle relazioni sociali il contratto è destinato come mezzo per cui ciascuno provvede ad un suo bisogno relativo o alla sua personale conservazione, o alla vita ed attività dei suoi mezzi economici ed industriali. Una obbligazione violata produce un danno in quanto che rende insoddisfatto un bisogno o fa mancare al creditore quei vantaggi che dalla soddisfazione di quel bisogno ne sarebbero derivati. Si scorge da ciò quanto è difficile ed ardua impresa quella di cogliere a segno e la responsabilità dei danni e la misura di essi. Un debitore è inadempiente, ma dal dolo con cui ha voluto sprezzare i suoi impegni fino alla necessità in cui suo mal grado è caduto, vi è un abisso in cui bisogna pescare sino a qual segno egli sia responsabile nella gran varietà dei casi, del fatto certo e reale l'inadempimento della obbligazione.

Un debitore è inadempiente, ma dalla posizione di colui che attende il giorno della scadenza per comprar pane ai suoi figli affamati, fino alla posizione di colui che butta il denaro riscosso nei suoi forzieri senza pensare financo a farne uso vi è un abisso, ed intanto e l'uno e l'altro creditore ha eguale diritto ai danni interessi per inadempimento della obbligazione.

Chi può seguire questo calcolo di responsabilità, chi può avere un sicuro criterio per la valutazione dei danni? Non l'uomo, non la legge. Tutto quello che può farsi si è di stabilire delle regole generali, perchè la giustizia sia raggiunta nel massimo grado possibile.

321. Il debitore deve essere diligente nell'adempimento delle sue obbligazioni. Ma fino a qual segno diligente? La legge ha voluto dare un criterio ed ha detto

La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambidue,

è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'articolo 1843.

Questa regola per altro si deve applicare con maggiore o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice. Articolo 1224.

Il criterio di diligenza è il **buon padre di famiglia**. Quale idea corrisponde a questa frase ritenuta da tutti i codici, non definita d'alcuno? Vedremo come i precedenti storici chiariscono un concetto che alle orecchie volgari suona un enigma.

I Romani distinguevano nella colpa tre gradi **culpa lata, levis, levissima**.

Per avere il concetto esatto della colpa bisogna procedere per esclusione. Un fatto voluto e preveduto nella sua natura e nelle sue conseguenze è il prodotto di un fatto psicologico che pensa riflette delibera e vuole che quel fatto sia così e non altrimenti. Questo fatto psicologico è il **dolo**. Un fatto voluto ma non preveduto nelle sue conseguenze è il prodotto di un fatto psicologico che pensa e vuole ma non riflette: questo fatto psicologico è la **colpa**. Un fatto non voluto né prevedibile nelle sue conseguenze è un fatto che non deriva da un fatto psicologico, ma avviene senza di esso per legge cosmica occulta o ignota ed estranea all'agente. Questo fatto è il **caso**.

L'effetto di un fatto qualunque sia è il danno. Quindi nel dolo è voluto e preveduto il fatto proprio ed il danno altrui. Nella colpa è voluto il fatto proprio, ma non preveduto né voluto il danno altrui. Nel caso non è voluto il fatto proprio né preveduto né voluto il danno altrui. Ora dal fatto dannoso volontario e con l'animo premeditato di nuocere, escludete l'animo di nuocere, ed avrete la colpa: dalla colpa escludete la volontarietà del fatto, ed avrete il caso. Fermiamoci alla colpa. In essa abbiamo un fatto dannoso non preveduto né nella sua natura né nelle sue conseguenze, ma prevedibile e nell'uno e nell'altro rapporto. Ogni uomo è obbligato di regolare le sue azioni in modo da non offendere gli altri, ma non è obbligato a spendere le proprie cure per fare l'altrui vantaggio. Tutto quello che la legge

sociale domanda all'uomo per l'uomo è l'inazione nel male. Chi fa il suo diritto non fa danno altrui. *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod fecere ius non habet. Non videtur vim facere qui iure suo utitur.* Da ciò un primo concetto: l'azione responsabile dev'essere sempre un'azione delittuosa. Ci sia concessa per brevità di espressione trasportare questa voce dalla teoria penale alla civile, e sentire per delitto l'inadempimento della propria obbligazione. Così il debitore si trova con una obbligazione scaduta ed ha pronto il denaro, ma invece di pagare il suo creditore lo spende in una partita di caccia, egli viola il suo dovere commette un delitto civile.

Passiamo ad un'altra idea. L'uomo trova nella ragion morale il dovere di essere utile altrui: per contratto tramuta questo dovere in obbligazione, e si obbliga di fare il bene altrui come il proprio. In questo rapporto convenzionale egli traduce l'inazione del male in azione di bene egli è obbligato a guardare l'interesse altrui come il proprio interesse. I Romani chiamavano questo stato di cura delle cose altrui come le proprie, **diligentia**, e l'omissione **negligentia**, e riferita questa cura alla conservazione della cosa altrui dicevasi **custodia**, e si diceva in **colpa** il custode rubato per **negligenza**, cioè per omissione di diligenza. Dunque nel concetto legislativo romano **colpa** è omissione di diligenza.

Diligenza importa prevedere tutto e minutamente con scrupolo ed esattezza, cosa che non è di tutti gli uomini, e le leggi positive non hanno mai preteso dall'uomo se non quello che si ha ragion di pretendere dalla commune degli uomini. Se si ometteva quella diligenza che l'obbligato suol mettere alle proprie cose la colpa dicevasi **lata**; se si ometteva quella diligenza che suol mettere ogni uomo detto a ragion di tipo **buon padre di famiglia**, la colpa dicevasi **lieve**. Quando si ometteva quella diligenza ch'era possibile immaginare in un uomo accortissimo, la colpa dicevasi **lievissima**. Da ciò si scorge che nel sistema romano il criterio della colpa **lata** era il **fatto concreto** la vita ordinaria dell'obbligato, il criterio della colpa lieve e lievissima era l'**astratto**, cioè il tipo commune, *pater familias* ed il tipo eccezionale il *diligentissimus pater familias*: il perfetto commune ed il perfetto possibile. Con questo criterio si chiamava

l'obligato responsabile della colpa grave quando l'obbligazione consisteva nell'interesse unico del creditore, della colpa lieve quando l'interesse era comune, della lievissima quando l'interesse era unico di lui.

Il codice italiano non ha ritenuto il criterio concreto ma l'astratto, e senza pretendere il perfetto possibile, si è attenuto al perfetto reale comune ordinario indicato nel **buon padre di famiglia**, sia che l'utilità si trovi da una o da ambedue le parti. Il tipo concreto è ritenuto per eccezione nel deposito, per la conservazione del quale si esige la medesima cura che il depositario usa nel custodire le proprie cose. Però questo criterio è applicato con maggiore o minor rigore secondo la natura del contratto e secondo le circostanze di tempo e di luogo che sono sempre da valutarsi nei fatti della vita sociale.

322. La responsabilità per l'adempimento di un contratto si misura ancora dalla posizione del debitore e dalle circostanze che occasionarono l'inadempimento od il ritardo. Se il ritardo o l'inadempimento è dovuto ad un fatto estraneo al debitore, o da un fatto suo sì, ma non imputabile, sfugge la responsabilità dei danni interessi. Come pretendere indennità da colui che debitore di lire 4000 pagabili in Napoli a quattro agosto dimostra di aver formato a primo del detto mese un vaglia e di averlo spedito per la posta, se questo vaglia per fatto dell'amministrazione va disperso o ritardato, o se fu distrutto dai briganti, o da un incendio e non ha potuto giungere al creditore, sarebbe pretendere dall'uomo più di quello che comporta la sua natura e le circostanze in cui si svolge la vita umana.

Cessa quindi ogni responsabilità di danni interessi sia per inadempimento sia per ritardo di obbligazione quando si dimostra essere ciò avvenuto: 1.° per causa estranea non imputabile al debitore 2.° per forza maggiore 3.° per caso fortuito. Fuori di questi casi il ritardo produce responsabilità quantunque il debitore sia in buona fede. Così se il debitore in tempo di brigantaggio e per vie infette mandasse le sue mille lire al creditore per mezzo di un pedone, e questo ruba o è rubato, il debitore non sarebbe esonerato da responsabilità, poichè poteva e doveva prevedere quella possibilità di furto

come lo avrebbe preveduto un buon padre di famiglia. Egli è responsabile per colpa (1).

323. Si è detto che i contratti tendono all'attuazione di un bisogno, e che l'inadempimento produce un danno di cui è dovuta riparazione. Il bisogno attuato produceva a sua volta dei vantaggi o poteva produrli, e la privazione di questi vantaggi è anche un nuovo danno. Il primo danno si direbbe propriamente **danno**, il secondo **interessi**. Il codice racchiude le due idee nella parola **danni** e semprechè parla di risarcimento usa la frase **risarcimento di danni**. E per maggior precisione spiega la sua frase e dice danno la perdita, danno la privazione del guadagno cioè il *damnum emergens et lucrum cessans* dei romani. Per regola generale adunque

I danni sono in genere dovuti al creditore per la perdita sofferta o pel guadagno di cui fu privato, salve le modificazioni ed eccezioni in appresso stabilite. Art. 1227.

Ma questo danno dev'essere una realtà, un fatto, o una possibilità o tutto al più un fatto presunto? In altri termini i danni son dovuti al creditore per la sola inadempienza o ritardo, ovvero in seguito della realtà del danno patito?

La quistione agitata sotto l'impero dei vecchi codici è risolta dall'articolo 1227 con le parole **perdita sofferta**, guadagno di cui **fu privato**. Ma in qual misura?

(1) Il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto pel ritardo dell'esecuzione, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile, ancorchè non sia per sua parte intervenuta mala fede. Art. 1225.

Il debitore non è tenuto a verun risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, ed ha fatto ciò che gli era vietato. Art. 1226.

Bisogna distinguere l'inadempimento doloso dal colposo. Nel doloso

Il debitore non è tenuto se non ai danni che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, quando l'inadempimento dell'obbligazione non derivi da suo dolo. Art. 1228.

Nel doloso

Quantunque l'inadempimento dell'obbligazione derivi da dolo del debitore, i danni relativi alla perdita sofferta dal creditore ed al guadagno di cui fu il medesimo privato, non debbono estendersi se non a ciò che è una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione. Art. 1229.

Ad ogni modo

Quando la convenzione stabilisce, che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo di danni, non si può attribuire all'altra parte una somma maggiore o minore.

Lo stesso ha luogo, se l'accertamento dei danni è fatto sotto forma di clausola penale, o mediante caparra data al tempo del concluso contratto. Art. 1230.

In mancanza di patto speciale sorge la necessità della liquidazione ove potrebbe campeggiare l'arbitrio e la esagerazione su larga scala se la legge non avesse affidato al magistrato un potere moderatore, e fornito essa stessa dei principii regolatori e di esatto criterio.

Si tratta di somma di denaro? la legge dispone:

In mancanza di patto speciale, nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle consistono sempre nel pagamento degli interessi legali, salve le regole particolari al commercio, alla fideiussione ed alla società.

Questi danni sono dovuti dal giorno della mora, senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita. Art. 1231.

L'interesse legale è del cinque per cento negli affari civili, del sei per cento negli affari commerciali. Però è previsto dal codice di

commercio che il portatore di una lettera di cambio non pagata alla scadenza, ha il diritto agl'interessi legali dal giorno della scadenza, ed ai danni cagionati dal rifiuto di pagamento, come il cambio pagato al banchiere per avere la somma alla scadenza. In fatto di fideiussione il fideiussore che paga pel debitor principale ha diritto di esigere a sua volta l'interesse della somma pagata ed i danni interessi (1915). In materia di società il socio che doveva conferire alla società una somma e non ha adempito è di diritto debitore degl'interessi e dei danni interessi (art. 1710): perciò l'articolo 1231 prescinde dai casi fideiussione società e commercio.

324. Gl'interessi scaduti sono già un capitale del creditore, ed impiegato produce altri interessi. Se il debitore è inadempiente nulla osta che il creditore possa capitalizzare gl'interessi scaduti ed esigere su di essi un novello interesse. L'interesse sull'interesse è il famoso **anatocismo** tanto vietato dalle leggi di Giustiniano sino a colpire d'infamia l'esercente. Ma nulla vi è in ciò d'ingiusto o d'immorale: tutto sta che non venga a sorpassarsi la tassa legale o la convenzionale col mezzo di frequenti liquidazioni. Stabilito un interesse annuo di venti lire sopra cento, se alla fine del semestre si vorranno capitalizzare le lire dieci scadute anche al medesimo tasso è chiaro che il tasso di venti per cento verrebbe ad essere elevato oltre la convenzione. La legge permette capitalizzare gl'interessi scaduti ma per una annata intera. Questa capitalizzazione è legale o convenzionale. È legale quando **scaduta l'annata** se ne fa giudiziale domanda degl'interessi sopra gl'interessi. Il tasso sarà sempre il legale nelle materie civili, e gl'interessi sugl'interessi decorrono dal giorno della domanda. È convenzionale quando **scaduta l'annata** d'interessi per novella convenzione col debitore si capitalizzano per produrre nuovi interessi nella misura che verrà pattuita. Negli affari commerciali l'interesse degl'interessi è regolato dagli usi e consuetudini commerciali. Le casse di risparmio ed altri simili istituti di credito sieguono regolamenti speciali (1)

(1) Gl'interessi scaduti possono produrre altri interessi o nella tassa

Quel che si è detto per gl'interessi vale ancora per le rendite scadute come fitti, pigioni, frutti maturati delle rendite perpetue o vitalizie, restituzione dei frutti ed interessi pagati da un terzo a scarico del debitore (1). Per queste però non vale la regola di dovere attendere il cumulo di un anno per poterle capitalizzare. Per esse non vi è pericolo di rovinare un debitore cumulando capitale ad interessi, ed interessi sopra interessi, imperocchè il rimborso del capitale non è imposto al debitore, ma è tutto a sua volontà.

325. Le obbligazioni qualunque siano hanno sempre per correlativo il diritto del creditore. Ogni diritto è per se stesso titolo ad una doppia azione, cioè all'azione di conservazione, ed all'azione di attuazione del diritto. Sono misure di conservazione tutte quelle che tendono ad impedire l'estinzione del diritto o la dispersione delle prove che lo dimostrano. Tali sono gli atti interruttivi di prescrizione, le iscrizioni ipotecarie, le domande di ricognizione ed altri simili, e soprattutto il diritto di mettersi in luogo del debitore per esercitare tutti quei diritti ed azioni che al debitore istesso competono per la conservazione del suo patrimonio. Il patrimonio del debitore è la garanzia del creditore: conservare il patrimonio del debitore è con-

legale in forza di giudiziale domanda e dal giorno di questa, o nella misura che verrà pattuita in forza di una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi.

Nelle materie commerciali l'interesse degl'interessi è inoltre regolato dagli usi e dalle consuetudini.

L'interesse convenzionale o legale d'interessi scaduti per debiti civili non comincia a decorrere, se non quando trattasi d'interessi dovuti per una annata intera, salvo però riguardo alle casse di risparmio ed altri simili istituti quando fosse altrimenti stabilito dai rispettivi loro regolamenti. Art. 1232.

(1) Le rendite scadute, come i fitti, le pigioni ed i frutti maturati delle rendite perpetue o vitalizie, producono interessi dal giorno della domanda giudiziale o della convenzione.

La stessa regola si osserva per le restituzioni dei frutti e per gl'interessi pagati da un terzo al creditore a scarico del debitore. Art. 1233.

servare la propria garentia, nulla dunque di più naturale che questo subingresso legale del creditore nei diritti ed azioni del suo debitore. Però questo subingresso legale va concesso nel concorso di 4 condizioni: 1.° che il debito sia scaduto 2.° che il debitore sia in mora 3.° ch'egli ricusi di esercitare il suo diritto 4.° che questo diritto non sia puramente personale al debitore cioè intransitivo. Senza di queste condizioni il creditore s'imporrebbe a tutore necessario del suo debitore, locchè importa conculcare il principio di libertà tanto rispettato in tutto il sistema legislativo (1). Per distinguere poi i diritti transitivi dagl' intransitivi il criterio è questo: tutti i diritti hanno un obbietto morale, pecuniario, o misto. I diritti di obbietto morale sono quelli che riguardano lo **Stato** e la **capacità** di una persona: tutti questi dritti sono transitivi. Tutti quei diritti che hanno un obbietto pecuniario sono in generale transitivi come il patrimonio della persona, escludendo soltanto i diritti di uso ed abitazione, e le prestazioni alimentari. I diritti dall' obbietto misto sono alle volte transitivi alle volte no a seconda delle circostanze. L'azione di reclamo di stato è di provenienza da un diritto di obbietto morale, ma intentata come mezzo ad aprire la via alla petizione di eredità è un'azione puramente di obbietto pecuniario e transitivo.

326. Principale tra i diritti di garentia come conseguenza dell' articolo 1234 è quello che si dà ai creditori d' impugnare in proprio nome gli atti che il debitore avesse fatto in frode delle loro ragioni. I beni del debitore sono la garentia del creditore finchè sono nel patrimonio del debitore. Passati quei beni ad un terzo, ogni garentia è svanita, purchè non sia stata assicurata con la iscrizione ipotecaria, la qual cosa entra in un'altro ordine di idee che non è qui luogo di considerare. Il debitore può dunque con un movimento di

(1) I creditori, per il conseguimento di quanto è loro dovuto, possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore. Articolo 1234.

proprietà diminuire o anche frustrare la garentia del suo creditore. In Roma furono frequenti tali casi: il pretore **Paolo** trovò la frode elevata a sistema, e per abbatterla accordò ai creditori l'azione di far rievocare le alienazioni del debitore come fatte in frode delle loro ragioni. È questa la famosa azione **Pauliana** ritenuta da tutti i codici. Nel sistema del diritto romano era indispensabile elemento dell'azione il **consilium fraudis** nel debitore, cioè l'animo preconcetto di frodare il creditore, e nel fatto un danno reale per costui, **eventus damni**. Il terzo si riteneva complice della frode, e quando si trattava di alienazioni a titolo gratuito, questa complicità era un fatto puramente contingente, imperocchè si preferiva sempre il creditore che si schermiva da un danno, al donatario che andava in cerca di un lucro: *certant creditores de damno vitando, dum donatarius certat de lucro captando*. Ad ogni modo quest'azione si accordava ai creditori anteriori all'atto di alienazione. Grave quistione però surse tra gli scrittori sulla necessità di questa complicità di frode da parte del terzo. Il codice italiano tronca recisamente la quistione

Possono pure i creditori impugnare in proprio nome gli atti che il debitore abbia fatti in frode delle loro ragioni.

Trattandosi di atti a titolo oneroso, la frode deve risultare dal canto di ambedue i contraenti. Per gli atti a titolo gratuito, basta che la frode sia intervenuta per parte del debitore.

In ogni caso però la rievocazione dell'atto non produce effetto a danno dei terzi non partecipi della frode, i quali hanno acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rievocazione. Art. 1235.

CAPO IV.

dei modi con cui si estinguono le obbligazioni

327. La legge riconosce nove modi di estinzione delle obbligazioni:

Le obbligazioni si estinguono:
Col pagamento,
Colla novazione,

Colla rimessione del debito,
 Colla compensazione,
 Colla confusione,
 Colla perdita della cosa dovuta,
 Coll'annullamento e colla rescissione,
 Per effetto della condizione risolutiva,
 Colla prescrizione. Art. 1236.

SEZIONE I.

Del pagamento

§ I.

del pagamento in genere

328. Nel sistema del diritto sociale niente è assoluto: tutto è modale. I diritti sono garentiti ma quando sono legalmente condizionati. Chi trascura i modi legali di garentia rinuncia alla garentia. I modi sono necessari per eliminare gli arbitrii, ed assicurare l'ordine, primo ed indispensabile bisogno sociale. Nulla di più naturale che pagare un debito: ma non basta pagare per essere discaricato di una obbligazione, fa d'uopo pagare legalmente.

Il pagamento ha le sue regole in rapporto a chi lo fa, a chi si fa, al tempo, al luogo, al modo di farlo, al modo d'imputarlo, al modo di eseguirlo quando è rifiutato, ed agli effetti che produce quando si fa per un altro con lo scopo di trasportare l'obbligazione,

Notiamo pria di tutto che la parola **pagamento** qui è adoperata nel senso ampissimo di scioglimento dell'obbligazione per la prestazione della cosa dovuta.

a. Esaminiamo pria di tutto il pagamento in rapporto a **chi lo fa**.

Il creditore ha un credito di denaro. Esatto il denaro il suo diritto è soddisfatto. È indifferente per lui che chi paga sia il debitore diretto o altri per lui che abbia interesse di pagarlo come un fideiussore, o che non abbia per se alcuno interesse, sì bene lo faccia

per liberare il debitore. Comunque fatto il *vinculum juris* costituito dalla convenzione è sciolto. Se il pagatore pretendesse di subentrare nei diritti del creditore, non si tratterebbe di pagamento ma di trasporto di obbligazione, di che parleremo *altrove*. Per ora fermiamo il principio:

Le obbligazioni possono estinguersi col pagamento fatto da qualunque persona che vi ha interesse, come da un coobbligato o da un fideiussore.

Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non vi ha interesse, purchè questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore, e, ove agisca in nome proprio, non venga a sottrarre nei diritti del creditore. Art. 1238.

Il creditore di una obbligazione di fare non è nella medesima condizione del creditore di una somma di denaro. Egli può avere interesse che la cosa sia fatta da uno anzicchè da un altro. Nelle opere d'ingegno o di arte la mente e la mano dell'obbligato formano lo oggetto principale dell'obbligazione. In tal caso il **vinculum juris** non può essere sciolto da chicchessia senza la volontà del creditore (1).

Nelle obbligazioni di dare il pagamento spesso ha per oggetto il trasferimento di proprietà dal debitore al creditore, qual trasferimento non è possibile se non che a due condizioni cioè: 1.° che chi paga sia proprietario della cosa, 2.° e che sia capace di alienarla: ogni altro farebbe un pagamento invalido, nullo, ed il **vinculum juris** non sarebbe sciolto. La cosa data resterebbe senza diritto nelle mani del creditore che l'ha ricevuta, e quindi sarà tenuto di restituirla al proprietario che la reclama, purchè non si tratti di denaro perchè si rientrerebbe nelle ipotesi dell'articolo 1238, o di cosa fungibile consumata in buona fede. In tal caso egli è garentito dal

(1) L'obbligazione di fare non può adempirsi da un terzo contro la volontà del creditore, ove questi abbia interesse che sia adempita dal debitore medesimo. Art. 1239.

principio, nei mobili il possesso vale per titolo. Egli non era nel dovere di ricercare al debitore il titolo di proprietà della cosa fungibile. Se l'ha consumata in buona fede ha fatto il suo diritto. Ma se la cosa data non è fungibile, e si trova ancor nelle mani del creditore soddisfatto con la dazione di essa, saremmo al caso del terzo possessore del mobile altrui a cui fu rubato o che l'ha disperso. Il creditore dovrebbe restituirlo al proprietario reclamante. E non vi sarebbe danno per lui, imperocchè il pagamento a lui fatto dal debitore con la cosa altrui non ha sciolto il *vinculum juris* del debitore, e quindi può ripetersi da costui un nuovo pagamento. L'istesso creditore fatto accorto dell'inganno potrebbe richiedere il nuovo pagamento anche senza l'intervento del proprietario della cosa ricevuta. Dato poi il caso che il pagamento sia fatto dal proprietario della cosa sua, ma nello stato d'incapacità di alienare come un minore, un'interdetto, una donna maritata senza l'autorizzazione maritale, in tal caso poichè l'incapacità giova al solo incapace fra i due contraenti, è chiaro che il creditore non avrebbe azione per impugnare la validità del pagamento, ma l'avrebbe invece il minore o la donna maritata (1).

b. Il pagamento è destinato a sciogliere l'obbligazione dovuta al creditore: dunque dev'essere fatto al creditore o a chi è per lui autorizzato a riceverlo, sia che questa autorizzazione provenga dal creditore istesso, dalla legge o dal magistrato. Fatto ad altri il pagamento è nullo ammenocchè il creditore lo avesse ratificato — o ne

(1) Il pagamento che ha per oggetto di trasferire la proprietà della cosa pagata nel creditore, non è valido, se non è fatto da colui che sia proprietario della cosa e capace di alienarla.

Tuttavia non si può ripetere il pagamento di una somma di danaro o di cosa che si consuma coll'uso, dal creditore che l'ha consumata in buona fede, sebbene il pagamento sia stato fatto da chi non ne era proprietario o non aveva la capacità di alienarla. Art. 1240.

avesse profittato — o il debitore fosse stato tratto in errore dal possesso del credito presso colui a cui fu fatto il pagamento (1).

Il creditore tuttocchè tale dev' essere capace di ricevere perchè possa sciogliere dalla obbligazione. Così sarebbe invalido un pagamento fatto al minore tuttocchè proprietario del credito. Ma questa invalidità potrebbe sanarsi con la prova di **utile inversione** cioè con la prova che il pagamento fu vantaggioso al creditore. È una conseguenza della massima *nemo potest fieri locupletior prae damno alterius* (2).

Se i beni del debitore sono la garentia del creditore, è giusto che costui per esser soddisfatto dei suoi averi possa fermare presso i terzi detentori i valori di proprietà del suo debitore, perchè siano pagati ai debitori di costui nei modi che l'autorità giudiziaria disporrà. Questo atto per cui i valori del debitore si fermano nelle mani del terzo possessore per esser pagati a chi di ragione, dicesi **sequestro**. Il proprietario dei valori sequestrati dicesi **sequestrato**; il possessore dicesi **sequestratario**, il creditore **sequestrante**. Si è detto che il creditore può pure fermare nelle mani dell'erede beneficiato i valori appartenenti al defunto debitore con **atto di opposizione**. L'effetto del sequestro o dell'atto di opposizione si è che il sequestratario o il beneficiato non possano pagare senza l'ordine dell'autorità giudiziaria. Il sequestratario che senza ordine

(1) Il pagamento debb'essere fatto al creditore, od a persona autorizzata a riceverlo dal creditore medesimo, dall'autorità giudiziaria o dalla legge.

E valido il pagamento fatto a colui che non era autorizzato a riceverlo pel creditore, quando questi lo ratifichi o ne abbia approfittato. Articolo 1241.

Il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del credito, è valido, ancorchè il possessore ne abbia in appresso sofferta l'evizione. Art. 1242.

(2) Non è valido il pagamento fatto al creditore, se questi era incapace di riceverlo, salvo che il debitore provi che la cosa pagata fu rivolta in vantaggio del creditore. Art. 1243.

del magistrato paga, paga bene in rapporto al debitore, poichè infine egli paga le sue obbligazioni, ma paga male in rapporto al sequestrante ed opponente, e quindi può esser costretto a pagar due volte salvo a lui il regresso contro il creditore a cui ha illegalmente o meglio abusivamente pagato (1).

c. L' obbligazione ha un' oggetto, e quell' oggetto è il bene che il creditore ha voluto procurarsi col contratto. Il **vinculum juris** è là, per darsi a lui quella cosa e non altra: quindi,

Il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale od anche maggiore. Art. 1245.

Il debitore non può costringere il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorchè divisibile. Art. 1246.

L' aliud pro alio non è permesso nelle obbligazioni di dare o di fare, ammenochè il dare od il fare non sia **divenuto** un impossibile, nel qual caso le obbligazioni di tal natura si risolvono o nel prezzo equivalente coi danni interessi in caso di mora, o ne' danni interessi sulla base del danno emergente e lucro cessante. Nel caso in cui il debitore fosse obbligato a dare il prezzo invece della cosa, possono sorgere gravi quistioni sull' ammontare del prezzo attesa la variabilità di esso. Il diritto romano nel titolo del digesto *de conditione triticaria* ne risolve molte, ma **Ubero** diceva *nihil est apud interpretes, judicesque hac obscuritate celebrius*. Però tutto è facile con una distinzione. Nelle obbligazioni pure e semplici il pagamento è a volontà del creditore, il debitore è obbligato a farlo appena richiesto. Il prezzo corrente al giorno della domanda è il prezzo giusto

(1) Il pagamento fatto dal debitore al suo creditore, non ostante sequestro o atto di opposizione nei modi stabiliti dalla legge, non è valido riguardo ai creditori sequestranti od opponenti: questi possono costringerlo a pagare di nuovo, per ciò che riguarda le loro ragioni, salvo in questo caso soltanto il suo regresso contro il creditore. Art. 1244.

per tutti. Sarà maggiore di quello corrente al tempo della convenzione, ed il debitore non può dolersene, imperocchè poteva esser più sollecito a pagare. Vi sarà diminuzione, ed il creditore a sua volta non può dolersene, imperocchè poteva esser più sollecito nella costituzione in mora. Nelle obbligazioni a termine, questo è parte della obbligazione e naturalmente si presume che le parti si siano rimesse al prezzo corrente all'epoca della scadenza.

Quanto al modo di pagamento di una cosa determinata è detto:

Il debitore di una cosa certa e determinata viene liberato rimettendola nello stato in cui si trova al tempo della consegna, purchè i deterioramenti sopraggiunti non provengano da fatto o colpa di lui o delle persone di cui deve rispondere, ed egli non fosse in mora prima dei seguiti deterioramenti Art. 1247.

Se il debito è di una cosa determinata soltanto nella sua specie, il debitore per essere liberato non è tenuto a darla della migliore qualità, ma non può darla neppure della peggiore. Art. 1248.

d. E pel luogo?

Il pagamento deve farsi nel luogo fissato dal contratto. Non essendo fissato il luogo o trattandosi di cosa certa e determinata, il pagamento deve farsi nel luogo ove al tempo del contratto si trovava la cosa che ne forma l'oggetto.

Fuori di questi due casi, il pagamento si deve fare al domicilio del debitore, salvo ciò che è stabilito dall'articolo 1508. Art. 1249.

Le spese del pagamento sono a carico del debitore. Art. 1250.

329. Pagamento è termine di rapporto a debito: è obbligazione correlativa ad un diritto, quindi

Ogni pagamento presuppone un debito: ciò che è pagato senza essere dovuto, è ripetibile.

La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte. Art. 1237.

Altrove si sono esposti i principii regolatori delle obbligazioni naturali; però non è inutile cennare qui che gli scrittori son divisi

sulla intelligenza della parola **volontariamente** soddisfatti. La volontarietà è atto unicamente relativo alla libertà di azione e alla coscienza dell'azione: a me pare esser questa una quistione del tutto oziosa. La volontarietà non può procedere che dai due fattori, intelletto è volontà. È necessario quindi che chi paga sia conscio di pagare un debito naturale, e che nel far ciò non sia vittima della violenza, del raggio o della frode.

§ II.

del pagamento con surrogazione

330. L'effetto del pagamento è l'estinzione del debito. Pagato il debito non vi è più debitore nè creditore. Il pagamento non può mai operare **surrogazione**, cioè trasporto di credito da una persona ad un'altra. La surrogazione non può risultare che dalla legge o dalla convenzione.

I crediti sono beni incorporali che stanno nel patrimonio del possessore e costituiscono la sua proprietà mobiliare alienabile trasferibile come la casa, l'oliveto, la vigna, benchè il modo e la forma possano esser diversi. Il proprietario può disporre di un credito a titolo oneroso o gratuito, e per far ciò non ha bisogno del consenso del debitore. Qualunque siano le convenzioni tra il possessore del credito ed il terzo, la condizione del creditore non è pregiudicata. Innanzi a lui non vi è che un debito da pagare alla scadenza per essere svincolato dalla obbligazione contratta. La morale, la giustizia, la ragione non si oppongono a che un proprietario tragga profitto dalle cose sue senza pregiudizio altrui. Il creditore può trovare il suo vantaggio col ricevere da un terzo il pagamento di ciò che gli è dovuto, trasferendo a lui tutti i diritti che ha verso il proprio, sostituendo in una parola un altro a se stesso, nei rapporti giuridici che l'obbligazione sosteneva tra lui ed il suo debitore. Questa surrogazione di creditore è una convenzione razionale e morale come ogni altra.

Alla pari il debitore può trovare il suo tornaconto nel fare da se la surrogazione di creditore. Il creditore non ha altro diritto che di esser pagato: quando l'obbligazione è di dare il riguardo di per-

sonalità non ha influenza. Egli dunque non può ostacolare il fatto del suo debitore.

331. Ecco la surrogazione convenzionale di doppia specie; surrogazione di creditore fatta dal creditore, surrogazione di creditore fatta dal debitore. Nell'una e nell'altra vi è pagamento, ed il pagamento estingue per sua natura l'obbligazione. Ma qui l'obbligazione anzicchè estinguersi sopravvive al pagamento ed è obbligata a riconoscere un creditore diverso dal primo. Qual'è mai l'istituzione giuridica a cui si attribuisce questo effetto? Notate. Nella surrogazione di creditore operata dal creditore la istituzione sta in una **convenzione** tra il creditore e colui che paga, per la quale il creditore ricevendo il pagamento da una persona che non è il suo debitore, lo investe di tutti i suoi diritti, azioni, ragioni, privilegi ed ipoteche verso il debitore. È a questo fatto giuridico che si attacca la surrogazione: egli è perciò che la dichiarazione di volontà di surrogare dev'essere **espressa e contemporanea** al pagamento. Nella surrogazione operata dal debitore la istituzione sta in una **convenzione** tra il debitore ed un terzo il quale **presta** il suo denaro **per pagare** il creditore ed **investirsi** dei diritti di lui. Per operarsi questo effetto è necessario che l'atto di **prestito** e la **quitanza** abbiano **data certa** — e che questa connessione tra il prestito ed il pagamento sia risultante da una dichiarazione espressa che il **prestito** si fa **per pagare il debito**, e nella **quitanza** si dichiara che il pagamento si è fatto col denaro **del prestito**. E per la forza di queste dichiarazioni che si opera la surrogazione anche contro la volontà del creditore (1). Operandosi con condizioni

(1) La surrogazione nei diritti del creditore a favore di un terzo che paga, è convenzionale o legale. Art. 1251.

La surrogazione è convenzionale,

1.º Quando il creditore ricevendo il pagamento da una terza persona, la surroga nei diritti, nelle azioni, nei privilegi o nelle ipoteche,

siffatte la surrogazione anche contro la volontà del creditore, costui non può ricusarsi di fare nella quitanza la dichiarazione che il pagamento si è fatto col denaro del prestito, e se egli ricusasse di prestarsi alla richiesta, potrebbe esservi costretto.

332. Ma qual'è la ragione di questa istituzione giuridica chiamata **surrogazione convenzionale**? Tra i contratti riconosciuti dalla legge abbiamo la cessione di credito (art. 1538) la quale opera il trasferimento del credito dal cedente al cessionario con tutti gli accessori e garentie che lo completano. A che la necessità di questa surrogazione, di questa istituzione giuridica speciale la quale snatura la forza del pagamento? È pregio di un sistema legislativo che ciascuno atto giuridico produca l'effetto che gli è proprio. Dato al pagamento l'effetto di **estinguere** l'obbligazione, qual necessità sociale richiedeva di snaturare questo atto, e con una dichiarazione di surrogazione fargli produrre un effetto contrario alla sua indole, cioè la vita, il mantenimento di una obbligazione pagata? Il movimento dei crediti, la commerciabilità delle azioni come quella della proprietà immobiliare è certamente uno dei fattori di utilità nella economia pubblica, ma tutto ciò trova uno svolgimento tutto affatto giuridico e naturale nella cessione di credito e nella vendita. E pure tutte le legislazioni sull'esempio della romana ritengono la surrogazione. **Zaccariae** la chiama una finzione giuridica, e cerca segnare delle distinzioni profonde tra la surrogazione e la cessione. La surrogazione e-

che essa ha contro il debitore: questa surrogazione debb'essere espressa e fatta contemporaneamente al pagamento.

2.° Quando il debitore prende a prestito una somma, affine di pagare il suo debito, e di surrogare il mutuante nei diritti del creditore. Per la validità di tale surrogazione è d'uopo che l'atto di prestito e la quitanza abbiano data certa; che nell'atto di prestito si dichiarì che la somma fu presa a prestito per fare il pagamento, e nella quitanza si dichiarì che il pagamento è stato fatto coi danari somministrati a tal effetto dal nuovo creditore. Questa surrogazione si opera senza il concorso della volontà del creditore. Art. 1252.

44 — V. 3.° — **Calc. Cod.**

stingue la prima obbligazione, la quale soltanto per finzione sussiste a favore del terzo, mentre la cessione non estingue la obbligazione. Ma che importa che una obbligazione non sia estinta o che sia estinta e risorta per una finzione? E queste finzioni sono dignitose per un sistema di legislazione? Scopo del subingresso, si dice, è la liberazione del debitore verso il creditore antico, scopo della cessione è l'acquisto del credito. Quistione di parola! La cessione libera anch'essa il debitore dal creditore cedente, imperocchè nè in fatto di surrogazione nè in fatto di cessione il debitore è obbligato a riconoscere due creditori di un medesimo diritto. Nella cessione si sborsa un prezzo a titolo di vendita, nel subingresso si sborsa a titolo di pagamento. Ma ciò nulla aggiunge e nulla toglie alla quistione di utilità o di necessità del subingresso come istituzione giuridica. Intenderemmo l'utilità di questa istituzione quando volesse rapportarsi al bisogno di sottrarre un debitore dalle molestie di un creditore astioso che avesse giurato di perderlo, con l'intervento di un generoso che venisse a mettersi in luogo di lui soddisfacendo il suo credito. Questa specie di espropriazione mobiliare per causa di utilità privata, potrebbe giustificare una speciale istituzione, cioè una estinzione forzosa di obbligazione a favore della sventura perseguitata, compensata col trasferimento legale dei diritti e delle guarentie a favore del generoso pagatore.

333. Il subingresso legale poi è autorizzato dalla legge per quattro ipotesi distinte che in sostanza si riducono ad una sola, cioè a favore di colui che paga un debito che a lui importava di soddisfare, principio che ha la sua espressione nelle quattro ipotesi seguenti:

La surrogazione ha luogo di diritto,

1.º A vantaggio di colui che, essendo egli stesso creditore, ancorchè chirografario, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi o delle sue ipoteche;

2.º A vantaggio di colui che, avendo acquistato un immobile, fino alla concorrenza del prezzo del suo acquisto paga uno o più creditori, a favore dei quali il fondo è ipotecato;

3.º A vantaggio di colui che, essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo;

4.° A vantaggio dell'erede con beneficio d'inventario che ha pagato coi propri danari i debiti ereditari. Art. 1253.

334. Effetto del subingresso sia legale sia convenzionale è sempre il trasferimento del credito del surrogante nel surrogato entro i limiti del suo credito con tutti gli accessori e garentie. La surrogazione può essere integrale o parziale, in conseguenza i suoi effetti seguono l'entità del credito surrogato: per la qual cosa se il creditore fu in parte soddisfatto, egli e colui che gli ha fatto il pagamento in parte, concorrono insieme a far valere i loro diritti in proporzione di quanto è loro dovuto (1).

Il codice francese accorda, ed i codici anteriori accordavano al primo creditore in concorso del surrogato la preferenza. Questa preferenza stigmatizzata come iniqua ed immorale fu saviamente abolita dal codice italiano.

§ III.

della imputazione dei pagamenti

335. **Imputare** significa sottrarre una somma che si paga da una somma dovuta. Quando il debito è unico l'imputazione è una operazione di calcolo, ma quando i debiti son molti, nasce la necessità di regolare la sottrazione, imperocchè debitore o creditore possono avere un interesse opposto nel sottrarre la somma da una partita anzichè da un'altra.

336. Chi ha diritto di regolare la imputazione, il debitore o il creditore? Il debitore può disporre del suo denaro come più gli piace

(1) La surrogazione stabilita negli articoli precedenti ha luogo tanto contro i fideiussori quanto contro i debitori.

Il creditore che fu solo in parte soddisfatto, e colui che gli fece il pagamento in parte, concorrono insieme a far valere i loro diritti in proporzione di quanto è ai medesimi dovuto. Art. 1254.

purchè non pregiudichi i diritti del creditore. A lui dunque l'imputazione (1) ma nei seguenti limiti.

Di fronte ad un capitale fruttifero il pagamento parziale non può minorare la massa producente lasciando scoperti i prodotti, imperocchè ciò importa minorare la rendita, cioè far danno al creditore: quindi,

Chi ha un debito che produce frutti o interessi, non può senza il consenso del creditore imputare al capitale ciò che paga in preferenza dei frutti e degli interessi: il pagamento fatto in conto di capitale ed interessi, se non è integrale, s'imputa prima agli interessi. Art. 1256.

Per l'istessa ragione il debitore non può imputare un pagamento parziale ad un debito non scaduto di fronte ad un debito scaduto quando, il termine è stabilito a beneficio del creditore.

337. Se il debitore non esercita il suo diritto d'imputazione accetta quella che fa il creditore nella quitanza.

Chi ha più debiti verso una stessa persona, se accetta una quitanza per cui il creditore imputi specificatamente la somma ricevuta ad uno di essi, non può più chiedere l'imputazione ad un debito differente, quando non siavi intervenuto dolo o sorpresa per parte del creditore. Art. 1257.

338. Quando nè il creditore nè il debitore fanno imputazione la fa la legge sul criterio del maggior vantaggio del debitore.

Quando la quitanza non esprime alcuna imputazione, il pagamento deve essere imputato al debito che a quel tempo il debitore avea maggiore interesse di estinguere tra quelli che erano parimente scaduti; in caso diverso al debito scaduto, quantunque meno gravoso di quelli non peranco scaduti.

Se i debiti sono di egual natura, l'imputazione si fa al più antico e proporzionalmente in parità di cose. Art. 1258.

(1) Chi ha più debiti della stessa specie ha diritto di dichiarare, quando paga, qual sia il debito che intende di soddisfare. Art. 1255.

§ IV.

dell'offerta di pagamento e del deposito

339. Il pagamento estingue l'obbligazione quando è validamente fatto. Importa al debitore estinguere la sua obbligazione, ma il creditore rifiuta il pagamento benchè valido. La ragione e la giustizia esigono che il debitore adempiente sia esonerato e messo fuori di ogni responsabilità. Tutto sta ad assicurare che il pagamento sia valido e reale. Solo in concorso di queste condizioni una volontà adempiente deve essere protetta di fronte ad una volontà riluttante. Per giustificare queste due condizioni la legge istituisce un atto che prova la **validità** del pagamento ed un atto che ne prova la **realità**; chiama il primo **offerta reale**, il secondo **deposito**, e dal momento in cui questi atti sono completi, esonera il debitore da ogni responsabilità (1).

Offerta reale. L'offerta reale è un atto col quale il debitore per mezzo di un ufficiale pubblico mette a disposizione del creditore la cosa dovuta con tutti i suoi accessori, in modo che esaurisca tutta la sua obbligazione nei modi ed estensione convenuta. È un atto che supplisce il pagamento, quindi deve avere tutte le condizioni di **validità** del pagamento, che il codice riassume così:

Affinchè l'offerta reale sia valida, è necessario,

- 1.º Che sia fatta al creditore capace di esigere od a chi ha facoltà di ricevere pel medesimo;
- 2.º Che sia fatta da persona capace di pagare;
- 3.º Che comprenda l'intera somma od altra cosa dovuta, i frutti

(1) Quando il creditore ricusa di ricevere il pagamento, il debitore può ottenere la sua liberazione mediante l'offerta reale ed il susseguente deposito della cosa dovuta.

Dal giorno del deposito legalmente eseguito cessano gli interessi, e la cosa depositata rimane a rischio e pericolo del creditore. Art 1259.

e gli interessi pur dovuti, le spese liquide ed una somma per le spese non liquidate, colla riserva per qualunque supplemento;

4.^o Che il termine sia scaduto, se fu stipulato a favore del creditore;

5.^o Che siasi verificata la condizione, sotto la quale fu contratto il debito;

6.^o Che l'offerta sia fatta nel luogo convenuto pel pagamento; o quando non vi sia convenzione speciale riguardo al luogo del pagamento, che sia fatta alla persona del creditore, o al suo domicilio o a quello scelto per l'esecuzione del contratto;

7.^o Che l'offerta sia fatta per mezzo di un notaio o d'altro ufficiale pubblico autorizzato a tal sorta di atti. Art. 1260.

Questa ultima condizione è richiesta perchè consti della esecuzione dell'atto senza prova estrinseca. In una parola l'offerta reale dev'esser tale che non resti appiccio al creditore per rifiutarla. La procedura civile poi determina che questo ufficiale pubblico dev'essere un notaio, un usciere o cancelliere di pretura, e ne stabilisce la forma dell'atto nell'articolo 903 (1).

(1) L'uffiziale che procede alla offerta ne fa processo verbale, che deve contenere:

1. l'indicazione del giorno, del mese, dell'anno, e del luogo in cui si fa l'offerta;

2. il nome e cognome dell'uffiziale procedente, con l'indicazione dell'autorità giudiziaria cui è addetto, o della residenza in cui esercita le funzioni di notaio;

3. il nome e cognome, la residenza o il domicilio della persona nell'interesse della quale si fa l'offerta, e della persona a cui l'offerta è fatta, indicando se questa sia stata presente all'atto;

4. il numero e la qualità delle monete, se si offre denaro;

5. la designazione della cosa, se non sia denaro, in modo da impedirne lo scambio;

6. l'indicazione delle condizioni dell'offerta, se sia condizionata;

7. l'atto di notificazione del pignoramento o sequestro, se la cosa offerta vi sia soggetta;

8. la risposta del creditore, la sua accettazione o il suo rifiuto, e le ragioni di questo;

9. nel caso di accettazione, la menzione del pagamento o della consegna della cosa, la quitanza fatta dal creditore, e, se d'uopo, la menzione della restituzione del titolo di eredità;

10. la sottoscrizione del creditore o la sua dichiarazione in proposito, e la sottoscrizione dell'uffiziale procedente. Art. 903.

340. Quando il creditore accetta l'offerta tutto è finito. Se la rifiuta, il processo verbale dell'uffiziale procedente fa prova che l'offerta si è fatta; ma non prova che sia fatta da senno. Tutto ciò può nascondere una mistificazione, una scena, una finzione: perchè non possa dubitarsi della sua realtà è necessario un atto che la completi cioè il **deposito** nelle pubbliche casse, della cosa offerta. E la legge dispone:

Per la validità del deposito non è necessario che venga autorizzato dal giudice, ma basta,

1.° Che sia stato preceduto da una intimazione fatta al creditore, nella quale s'indichi il giorno, l'ora e il luogo in cui la cosa offerta sarà depositata;

2.° Che il debitore siasi privato del possesso della cosa offerta, consegnandola, insieme cogli interessi decorsi sino al giorno del deposito, nel luogo indicato dalla legge per ricevere tali depositi;

3.° Che siasi steso dall'uffiziale pubblico un processo verbale indicante la specie delle cose offerte, il rifiuto di accettarle per parte del creditore o la sua mancanza a comparire, e finalmente il deposito;

4.° Che quando il creditore non sia comparso, gli sia stato notificato il processo verbale del deposito, colla intimazione di ritirare la cosa depositata. Art. 1261.

Sulla validità dell'offerta e del deposito può muoversi giudizio. Se tali atti siano stati validamente fatti la spesa va a carico del creditore (1).

Il deposito è un fatto tutto volontario del debitore ed egli può sempre ritirarlo. Il ritiro equivale a rinunzia, e quindi il debito che era estinto, rivive in tutta la sua integrità. Il deposito non può più ritirarsi o quando il creditore lo accetta o quando un giudice lo convalida. Il suo effetto è la liberazione dell'obbligato in prin-

(1) Le spese dell'offerta reale e del deposito, se questi atti sono validi, sono a carico del creditore. Art. 1262.

pale, dei condebitori, fideiussori insomma **estingue** l' obbligazione. È come effetto dell' estinzione o meno,

Finchè il deposito non è stato accettato dal creditore, il debitore può ritirarlo; e quando lo ritiri, i suoi condebitori o i suoi fideiussori non restano liberati. Art. 1263.

Allorchè il debitore ha ottenuto una sentenza passata in giudicato, la quale abbia dichiarato buona e valida la sua offerta ed il deposito, non può più, nemmeno col consenso del creditore, ritirare il deposito in pregiudizio dei suoi condebitori o fideiussori. Art. 1264

Il creditore, il quale ha acconsentito che il debitore ritiri il deposito, dopo che questo fu dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, non può più valersi, pel pagamento del suo credito, de' privilegi e delle ipoteche che vi erano annesse. Art. 1265.

341. Questa offerta può riguardare un corpo determinato che dev' essere consegnato nel luogo ove si trova. Immaginate una macchina di ferrovia da consegnarsi nell' opificio costruttore. Il debitore fa la offerta con ingiunzione al creditore di eseguirne il trasporto, e se il creditore non trasporta la macchina, il debitore può ottenere dall' autorità giudiziaria il permesso di depositarla altrove (1).

SEZIONE II.

della novazione

342. La **novazione** estingue la vecchia obbligazione e ne sostituisce una nuova: *veteris obligationis in novam translatio et confusio*. È questo il carattere costitutivo della novazione: due obbligazioni, delle quali la morte di una è condizione della vita dell' altra.

(1) Se la cosa dovuta è un determinato corpo, il quale debba essere consegnato nel luogo in cui si trova, il debitore deve con atto d' intima- zione fare ingiungere al creditore di eseguirne il trasporto. Fatta questa intimazione, se il creditore non trasporta la cosa, il debitore può ottenere dal giudice la permissione di depositarla in altro luogo. Art. 1266.

343. In ogni obbligazione vi sono tre termini, creditore, debitore, debito. La sostituzione di uno di questi tre termini produce novazione. Sostituite il debito ed avrete novazione **obbiettiva**: un credito nuovo sostituito all'antico che resta estinto. Sostituite il creditore ed avrete la novazione **subbiettiva**: un nuovo creditore invece dell'antico verso di cui il debitore è liberato. Sostituite il debitore senza il suo consenso ed avrete una novazione subbiettiva propriamente detta **espromissione**. Sostituite il debitore col suo consenso ed avrete la **delegazione**: *delegare est vice sua alium reum dare creditori*. In tutti i due casi un nuovo debitore è sostituito all'antico che viene liberato (1).

La novazione obbiettiva si opera tra creditore e debitore senza intervento di altre persone. La subbiettiva di creditore si fa tra il creditore e debitore con l'intervento di un terzo che si mette in luogo del creditore primo, verso di cui il debitore è liberato. Questa novazione deve essere necessariamente consentita dal debitore, altrimenti avremo **subingresso**, non novazione. La novazione subbiettiva di debitore può farsi tra il vecchio creditore ed un terzo anche senza consenso del primo debitore, il quale si trova così liberato a sua insaputa dalla obbligazione: *ignorantis et invito, conditio melior fieri potest* (2). In questa liberazione del debitore sta il carattere costitutivo della **espromissione**, senza di essa si avrà l'obbligazione congiunta **adpromissio** o fideiussione. Quando il debitore indica un al-

(1) La novazione ha luogo in tre maniere,

1.º Quando il debitore contrae verso il suo creditore un nuovo debito, il quale viene sostituito all'antico che rimane estinto;

2.º Quando un nuovo debitore è sostituito all'antico, il quale viene liberato dal creditore;

3.º Quando in forza di una nuova obbligazione un nuovo creditore viene sostituito all'antico, verso cui il debitore rimane liberato. Articolo 1267.

(2) La novazione che si fa col sostituire un nuovo debitore, può effettuarsi senza il consenso del primo. Art. 1270.

45 — V. 3.º — CALC. Cod.

tro che assume la obbligazione verso il creditore, e lo libera verso di quello, si ha la **delegazione**.

344. Comunque avvenga la novazione è retta da seguenti principi:

4.° Ogni novazione suppone una obbligazione anteriore che serve di causa alla nuova: quindi, — se la prima è estinta al momento della novazione, questa si ha come non fatta; — se la obbligazione anteriore dipende da una condizione sospensiva, la novazione segue la condizione medesima.

2.° La novazione da parte del creditore è la rinuncia ad una precedente obbligazione, e da parte del debitore è l'assunzione di una nuova obbligazione. Questo obbligarsi ed obbligare richiede la capacità dei contraenti (1) e deve risultare chiaramente dall'atto (2) *renunciatio non praesumitur*. Tuttavia non si richiedono termini sacramentali per rivelarla, basta che gli equipollenti facciano chiaramente risultare la volontà di novare. Così la novazione può risultare dalla incompatibilità tra la prima e la seconda obbligazione. Tutt'altra mutazione che potesse arrecarsi alla prima obbligazione senza alterarne la sostanza ed indole, non potrebbe dirsi novazione. Così prorogare un termine, indicare una persona che possa esigere in luogo del creditore, o una persona che possa fare il pagamento invece del debitore non è una novazione (3). Vi è d'uopo che il creditore espressamente dichiari di liberare il delegante, perchè la delegazione operi

(1) La novazione non può validamente effettuarsi se non tra persone capaci di contrattare. Art. 1268.

(2) La novazione non si presume, ma bisogna che dall'atto chiaramente risulti la volontà di effettuarla. Art. 1269.

(3) La semplice indicazione fatta dal debitore di una persona che debba pagare in sua vece, non produce novazione.

Non la produce neppure la semplice indicazione fatta dal creditore d'una persona che debba per lui ricevere. Art. 1273.

la novazione (1). La cessione di credito, il subingresso non operano novazione.

3.° La rinunzia dell' antica obbligazione ha la sua causa nella obbligazione nuova che la sostituisce: se la nuova obbligazione non ha esistenza giuridica, la rinunzia è senza causa: non vi è rinunzia, non vi è novazione.

4.° La novazione estingue l' obbligazione antica con tutti i suoi accessori e scioglie ogni rapporto tra il creditore e debitore liberato: quindi

I privilegi e le ipoteche del credito anteriore non passano in quello che gli è sostituito, se il creditore non ne ha fatta espressa riserva. Articolo 1274.

Quando la novazione si effettua per la sostituzione di un nuovo debitore, i privilegi e le ipoteche primitive del credito non si trasferiscono sui beni del nuovo debitore. Art. 1275.

Se la novazione si effettua tra il creditore ed uno dei debitori in solido, i privilegi e le ipoteche pel credito anteriore non possono essere riservate che sui beni di quello che contrae il nuovo debito. Art. 1276.

Il creditore che ha liberato il debitore da cui fu fatta la delegazione, non ha regresso contro di lui, se il delegato diviene non solvente, purchè l'atto non contenga una riserva espressa, o il delegato non fosse di già in istato di non solvenza o di fallimento al momento della delegazione. Art. 1272.

è chiaro in tal caso che la riserva è una condizione, una clausola, una obbligazione assunta dal debitore di garentire la solvenza del delegato, e quindi il regresso sarebbe l' effetto della convenzione. Quando il delegato all' epoca della delegazione si trovava già in stato di non solvenza o di fallimento, il delegante ha tratto il creditore in inganno

(1) La delegazione per cui un debitore assegna al creditore un' altro debitore, il quale si obbliga verso il creditore, non produce novazione, se il creditore espressamente non ha dichiarato la sua volontà di liberare il debitore che ha fatta la delegazione. Art. 1271.

e la legge soccorre costui non con l'azione di nullità della novazione, ma con azione di regresso contro il delegante.

343. Per l'istesso principio,

Mediante la novazione fatta tra il creditore ed uno dei debitori in solido, i condebitori restano liberati.

La novazione effettuata relativamente al debitore principale libera i fideiussori.

Nondimeno se il creditore esige nel primo caso l'adesione dei condebitori, o nel secondo quella dei fideiussori, e i medesimi ricusano di aderire alla nuova convenzione, sussiste il credito anteriore. Art. 1277.

Il creditore può condizionare la sua adesione alla novazione assicurando la sussistenza di tutti gli accessori del primo credito. I condebitori, i fideiussori a loro volta non possono essere costretti a sostenere o garantire loro mal grado un nuovo debito. Ma se accettano la pretesione del creditore, trasportano la loro garanzia dal primo al secondo debito: se ricusano, non vi sarà novazione per difetto dell'avvenimento a cui si era condizionata.

Per l'istesso principio la delegazione accettata dal debitore tronca ogni rapporto tra lui ed il primo creditore, ed in conseguenza non può opporre al secondo creditore le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario. Dato per esempio che B debitore e creditore di A accetta la delegazione che A facesse a D del suo credito, B convenuto dal nuovo creditore D non potrebbe più opporre a D la compensazione che avrebbe potuto far valere di fronte a l A. A lui non resterebbe che pagare D ed agire per farsi pagare da A. Se però si trattasse di eccezioni personali e queste sussistero ancora al tempo dell'accettazione della delegazione potrebbe opporle anche al secondo creditore. Così se B contrasse il debito da minore, interdetto o inabilitato verso A, e durante la medesima condizione di capacità avesse consentito alla delegazione, egli potrebbe senza dubbio eccepire verso D la nullità della sua obbligazione come

poteva eccepirarla contro A originario creditore (1). Questa disposizione è nuova. Il codice italiano l'ha desunta dal codice estense.

SEZIONE III.

della remissione del debito

346. Nulla di più facile di questo terzo modo di estinzione delle obbligazioni, la **rimessione** del debito, la rinunzia del creditore al proprio diritto, quando questa rinunzia è espressa. Serie difficoltà però sorgono quando questa rinunzia volesse desumersi da fatti certi incompatibili con l'esistenza del credito, cioè nella rinunzia presunta. L'abuso è inevitabile quando l'estimazione dei fatti è lasciata all'arbitrio del pensatore. La legge aveva due vie davanti a sé. Poteva attaccare la remissione ad una espressa dichiarazione, ma ciò valeva inceppare di troppo la volontà del creditore e renderlo ligio della forma. Poteva lasciare libero il creditore nella sua azione, ed abbandonare all'arbitrio dei magistrati desumere dai suoi fatti la remissione del debito; ma ciò era aprire un largo campo ai litigi, una facile via all'abuso. Tra questi estremi adottò la media, e fece il meglio che far poteva, cioè, determinò i fatti dai quali unicamente può trarsi la prova della remissione presunta. Un credito contenuto in una scrittura privata è tutto in quella carta. Chi dà tutto ciò che può sostenere il suo credito, dà il credito; dunque,

La volontaria restituzione del titolo originale del credito sotto forma

(1) Il debitore che accettò la delegazione, non può opporre al secondo creditore le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario, salva però la sua azione contro di questo.

Tuttavia trattandosi di eccezioni dipendenti dalla qualità della persona, il debitore può opporle, se tale qualità sussisteva ancora al tempo in cui ha consentito alla delegazione. Art. 1278.

privata, fatta dal creditore al debitore, costituisce la prova della liberazione tanto in favore dello stesso debitore, quanto in favore dei condebitori in solido. Art. 1279.

347. La scrittura pubblica che prova un credito esiste in minuta presso il notaio, esiste in copia autentica presso il creditore. La tradizione di questa copia può far presumere la remissione, ma non costituisce la prova di essa. Il creditore dando quella copia non ha dato tutto quanto costituiva la prova del suo diritto. La legge non determina i fatti dai quali può desumersi la presunzione di remissione, ma i fatti che costituiscono la prova della remissione tacita. Il codice italiano si allontanò in questa parte della teoria ritenuta dalla legge francese e napolitana, le quali danno alla consegna del titolo autentico la presunzione di remissione. Il codice italiano non ha riprodotto la disposizione di quei codici. Esso si limita a dire che la consegna **volontaria** della scrittura privata prova la remissione, salvo al creditore la prova contraria.

Il pegno è la sicurtà del debito: si può ben restituire il pegno e conservare il credito: quindi

La restituzione del pegno non basta per far presumere la remissione del debito. Art. 1280.

348. L'effetto della rinunzia espressa è la estinzione del debito: questa remissione può esser condizionata nella sua estensione e comprensione, ma questa condizionalità deve essere espressa: così

Il creditore il quale, dichiarando di rimettere il debito a vantaggio di uno dei condebitori in solido, non vuole liberare tutti gli altri, deve espressamente riservarsi i suoi diritti contro di essi. Ma in tal caso non può ripetere il credito, se non colla detrazione della parte di colui al quale ha fatto la remissione. Art. 1281.

La remissione o liberazione convenzionale accordata al debitore principale libera i fideiussori; quella accordata al fideiussore non libera il debitore principale. Art. 1282.

È possibile rimettere gli accessori e conservare il principale,

ma non è possibile conservare gli accessori rimettendo il principale.

Diremo a suo luogo come i fideiussori che non hanno rinunciato al beneficio della divisione, possono esigere che il creditore divida preventivamente la sua azione, e la riduca alla parte di ciascuno di essi (ar. 1912). Ciò importa che essi son tutti interessati a che la parte di uno fra loro non venga meno e non si aggiunga alla propria. Ciò spiega perchè,

La liberazione accordata dal creditore ad uno de' suoi fideiussori senza il consenso degli altri, profitta ai medesimi per la parte di quello che fu liberato. Art. 1283.

Grave quistione si agitava nell'antico foro se un creditore potesse scaricare un fideiussore esigendo da lui un compenso a solo titolo del favore accordato, e senza che questo compenso fosse discaricato sul capitale. **Pothier** l'antesignano della teoria delle obbligazioni ammetteva potersi ciò fare, quante volte il creditore avesse ben ragione di temere della solvibilità di quel fideiussore. Egli in tal caso lo considerava come prezzo dell'alea che il creditore correva liberando il fideiussore. Altri diceva questo compenso contrario all'indole della fideiussione, ed una immoralità di fronte ai confideiussori. In seno del consiglio di stato questa quistione, che **Pothier** chiamava celebre, fu riprodotta, ma vinse l'opinione che rigettava assolutamente questo compenso, e fu ritenuto l'articolo che il codice italiano ha riprodotto così:

In ogni caso ciò che il creditore ha ricevuto da un fideiussore per liberarlo dalla cauzione, deve imputarsi al debito e portarsi a scarico del debitore principale e degli altri fideiussori. Art. 1284.

SEZIONE IV.

della compensazione

349. Compensare è pesare *rem aliquam cum aliqua*: pesare i diritti. In natura le forze eguali e contrarie si distruggono a vicenda.

Questa legge dell'ordine fisico si è trasportata nel mondo morale e si è detto, i diritti eguali e coesistenti si distruggono a vicenda.

350. Per aversi eguaglianza di diritti è necessario verificarsi identità di oggetto nella specie, nella qualità, e nel rapporto subbiettivo; quindi sono fattori di compensazione l'identità di oggetto — debito liquido — debito esigibile — debiti e crediti personali e diretti. La coesistenza di questi fattori opera la compensazione senza saputa delle parti, ed avvi la **compensazione legale**. La inesistenza complessa dei fattori non genera l'equilibrio dei diritti. Volendo costituire questo equilibrio fa d'uopo formarlo, richiederlo e farlo dichiarare dal magistrato che sta sempre in mezzo al disquilibrio dei diritti ed obbligazioni sociali per derimerli col principio di autorità. Questa compensazione è la **facoltativa** la quale si ha o per eccezioni o per riconvenzione. Questi principi generali regolano la teoria della compensazione come modo di estinzione delle obbligazioni. L'analisi dei fattori della compensazione renderà facile l'applicazione dei principii.

a. Identità di oggetto. La causa efficiente della compensazione è l'eguaglianza della condizione in cui si trovano il debitore ed il creditore nei loro scambievoli diritti e doveri. Questa eguaglianza è impossibile senza l'identità di oggetto delle due obbligazioni, imperocchè la diversa natura delle cose dovute distrugge l'equilibrio tra il dare e l'avere, e rende impossibile l'assorbimento ossia la compensazione che si fa da se, anche senza saputa dalle parti. Denaro e denaro, fungibili e fungibili della stessa specie come olio ed olio, grano e grano, si assorbono, si confondono, si compensano. Ma mettete denaro da una parte, olio dall'altra, ed avrete nel primo un valore determinato, nell'altro un valore indeterminato: l'assorbimento non può operarsi da se, la compensazione legale non è possibile. Però vi sono delle cose di valore indeterminato, ma che in commercio hanno un valore legale determinato dalle mercuriali. Tali cose hanno un valore subbiettivo reale, ed un valore nominale che rappresenta il reale, ed in questo valore nominale s'identificano col denaro, e quindi obbligazioni in denaro od obbligazioni in derivate così valutate a corso di piazza sono obbligazioni che non hanno

ma si considerano avere identità di oggetto, e quindi sono compensabili.

b. Debito liquido è quello che ha una esistenza certa ed una quantità determinata, ed ha per contrario l'incerto ed indeterminato. I contrari non si assorbono.

c. Debito esigibile è quello scaduto e quindi ha una esistenza reale ed attuale. Inesigibile è quello a termine o condizionale che ha una esistenza avvenire ed ipotetica. Due debiti che non coesistono non possono assorbirsi.

d. Debito e credito personale e diretto è quello che ha nella persona istessa il correlativo del diritto e della obbligazione. Il diritto è in presenza della obbligazione correlativa e viceversa, e così s'influenzano e si assorbono a vicenda.

Come conseguenza di questi principii

Quando due sono debitori l'uno verso l'altro, ha luogo tra essi una compensazione che estingue i due debiti nel modo e nei casi seguenti. Art. 1285.

La compensazione si fa di diritto in virtù della legge, ed anche senza saputa dei debitori, al momento stesso della contemporanea esistenza dei due debiti che reciprocamente si estinguono per lo quantità corrispondenti. Art. 1286.

Non ha luogo la compensazione, se non tra due debiti che hanno egualmente per oggetto una somma di danaro o una determinata quantità di cose della stessa specie, le quali possono nei pagamenti tener luogo le une delle altre, e che sono egualmente liquide ed esigibili.

Le prestazioni non controverse di grani o di derrate, il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati, possono compensarsi con somme liquide ed esigibili. Art. 1287.

Le dilazioni, che si fossero concesse gratuitamente dal creditore, non sono di ostacolo alla compensazione. Art. 1288.

È chiaro che la dilazione non distrugge la contemporaneità, imperocchè essa è accordata in considerazione della condizione del debitore. Una volta che questo debitore è divenuto creditore del suo debitore la ragione della dilazione è cessata, i due debiti s'incontrano ed uno paga l'altro.

351. La causa della obbligazione è un riflesso inutile affatto nello studio di esecuzione delle obbligazioni. Sia qualunque la causa delle obbligazioni, arrivate che sono al punto della esecuzione si confondono tutte in un fatto che le riguarda, il pagamento. La compensazione è un pagamento direi scambievole e meccanico. Qualunque sia la causa da cui provengono i due debiti, posti nella condizione in cui la compensazione sorge si raffrontano, si collidono, si distruggono a vicenda. Però la legge fa eccezione a questo principio per taluni casi per i quali mettere nell'istesso livello e confondere insieme le cause da cui derivano, sarebbe una immoralità, una ingiustizia, una apoteosi alla frode ed al delitto. Lo spoglio è un furto, una prepotenza, un reato. Il deposito è sacro, e sacro è il dovere di renderlo ad ogni richiesta. Ritenere un deposito è una perfidia, ritenerlo per compensare un diritto è un arbitrio, un delitto. Gli alimenti sono la vita l'esistenza del creditore. Chi nega gli alimenti uccide. La legge li dichiara insequestrabili cioè intangibili, indeclinabili dall'uso cui sono destinati: compensarli importa distruggerli. In fine la compensazione è un vantaggio a cui ognuno può rinunciare. In queste quattro ipotesi si fa eccezione al principio della compensazione; e quindi,

La compensazione ha luogo, qualunque siano le cause dell'uno o dell'altro debito, eccettuati i seguenti casi:

1.° Quando si tratta della domanda per la restituzione della cosa di cui il proprietario fu ingiustamente spogliato;

2.° Quando si tratta della domanda per la restituzione del deposito o del comodato;

3.° Quando si tratta di un debito il cui titolo deriva da alimenti dichiarati non soggetti a sequestro;

4.° Quando il debitore ha preventivamente rinunciato alla compensazione. Art. 1289.

352. La compensazione estingue il debito: il fideiussore appoggia il debito altrui: non è più fideiussore quando il debito è estinto. Egli richiesto a pagare, opporrebbe vittoriosamente la compensazione. Il debitore principale convenuto non potrebbe opporre la com-

penso che il fideiussore potrebbe opporre al creditore suo debitore, perchè fideiussore e debitore non han rapporto tra loro, ammenochè nella garanzia prestata a favore del creditore. Ma i beni del fideiussore non sono i beni del debitore, cosicchè egli potesse avvalersi del credito del fideiussore verso il creditore per opporglielo in compensazione del suo debito. La compensazione è possibile tra due persone una debitrice dell'altra e l'altra dell'una. Il creditore non è debitore nel supposto caso del debitore suo, quantunque lo sia del fideiussore. Mancherebbe il quarto elemento della compensazione **debito e credito personale e diretto**, ove volesse parlarsi di compensazione tra creditore e debitore principale, mettendo di fronte al credito, il debito del creditore verso il fideiussore. Questa è possibile quando escusso il debitore principale, il creditore rivolgerebbe la sua azione contro il fideiussore. Allora soltanto costui alle prese dirette col creditore potrebbe opporgli in compensazione il proprio credito.

I debitori solidali sono soci *ad extinguendam obligationem*, o come tali uno si giova della condizione giuridica dell'altro in quanto però queste condizioni si confondono nell'obiettiva comune, cioè l'estinzione del debito. Se Tizio ha per debitori solidali di 1000 B C D, se D diviene creditore di Tizio di mille, la compensazione è compiuta, il debito di Tizio è estinto di fronte a D, come di fronte ad A e B che si giovano della condizione giuridica del loro condebitore. È questa una conseguenza irrecusabile del principio di solidarietà che fa di A B C tre debitori, un sol debitore. Il codice italiano però fa omaggio a questo principio razionale ma non completamente; si arresta al segno di accordare la compensazione parziale, cioè sino alla quota dovuta al condebitore creditore (1). E un passo in avanti che

(1) Il fideiussore può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale; ma il debitore principale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fideiussore.

Il debitore in solido non può invocare la compensazione di quanto dal creditore è dovuto al suo condebitore, se non sino alla concorrenza della parte dello stesso condebitore. Art. 1290.

il codice italiano ha fatto sul codice francese e sui codici preesistenti in Italia, i quali non ammettevano questa compensazione speciale, ma non è tutto.

353. La cessione di un credito accettata dal debitore rompe ogni rapporto giuridico tra il creditore cedente ed il debitore quanto al debito ceduto. Se prima della cessione il debitore era creditore a sua volta del suo creditore, poteva opporgli una compensazione estintiva. Ceduto il credito ed accettata la cessione il debitore resterà creditore del cedente, ma diviene debitore del cessionario, e verso costui non potrebbe più opporre la compensazione del suo credito verso il creditore cedente, per mancanza d'identità nel rapporto subbiiettivo. Il trasferimento del credito dal cedente al cessionario è operativo dal momento in cui si conviene sulla cosa ceduta e sul prezzo della cessione; ma di fronte al debitore ceduto a dei terzi, questa cessione non è operativa che dal momento della notificazione della cessione al debitore ceduto (art. 1539). Fino al momento di questa notificazione il debitore può validamente pagare la sua obbligazione sia realmente sia con la compensazione che è modo di estinzione. Notificata la cessione al debitore egli può respingerla opponendo la compensazione per rifiutare la cessione di un suo debito. Il suo credito è anteriore alla notificazione, la compensazione distrugge il debito, ed un debito estinto non può essere oggetto di cessione. Che se il suo credito fosse surto posteriormente alla notificazione non sarebbe più opponibile in compensazione, perchè verificato al momento in cui egli non era più debitore del cedente (1).

(1) Il debitore che senza condizione o riserva ha consentito alla cessione che il creditore ha fatto dello suo ragioni ad un terzo, non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente prima dell'accettazione.

La cessione però non accettata dal debitore, ma che gli fu notificata, non impedisce la compensazione, fuorchè dei crediti posteriori alla notificazione. Art. 1291.

354. La compensazione è un pagamento che la legge fa operare indipendentemente dalla volontà dei debitori. Non è possibile compensazione dove non è possibile pagamento. Ora il sequestro impedisce il pagamento, dunque impedisce la compensazione. Il sequestratario in forza del sequestro è depositario delle somme da lui dovute: dato ch'egli debitore, dopo il sequestro divenisse creditore del debitore sequestrato, egli non potrebbe compensare, perchè compensando pagherebbe ciò che non può pagare, e pagherebbe in danno del terzo che ottenne il sequestro. È perciò che la legge dispone

La compensazione non ha luogo in pregiudizio dei diritti acquistati da un terzo. Quegli perciò che essendo debitore, divenne creditore dopo il sequestro fatto presso di sè a favore di un terzo, non può opporre la compensazione a pregiudizio di chi ottenne il sequestro. Art. 1294.

La compensazione estingue il debito e con esso gli accessori che lo garantiscono come sono privilegi, ipoteche, sicurtà, cauzioni. Questa estinzione è l'effetto della contemporanea presenza di un debito ed un credito che si influenzano scambievolmente, si confondono, si estinguono a vicenda. Ciò non ostante il debitore senza attendere o giovarsi degli effetti della compensazione paga realmente il suo debito, e resta creditore. In seguito farà valere questo suo credito e pretende giovarsi delle ipoteche o delle altre sicurtà che lo garantivano. Tutto ciò è naturale di fronte al debitore. Ma dato che terzi avessero acquistato dei diritti su ciò che costituiva la garanzia del suo credito, egli non potrebbe più imporsi a loro, imperocchè essi hanno acquistato quei diritti quando la compensazione aveva da se distrutto il suo rapporto giuridico col suo creditore e debitore, ed estinto col suo debito le sue garanzie. Un esempio chiarirà la teoria. **Primo** deve a **Secondo** dieci mila lire. Il padre di **Primo** vende a **Secondo** il fondo **Foresta** ed ha un credito di dieci mila lire per resta di prezzo. Morto il padre di **Primo** costui unico erede divien creditore con ipoteca sul fondo **Foresta** di proprietà di **Secondo**. Con l'accettazione dell'eredità pura e semplice il debito e credito si sono

compensati per opera della legge. L'ipoteca sul fondo **Foresta** è estinta perchè estinto il debito di **Secondo**. Ciò non ostante **Primo** paga il suo debito personale a **Secondo**. Scorre un anno e pretende agire pel ricupero delle dieci mila lire ipotecate sul fondo **Foresta** contro **Tizio** terzo possessore. Egli è respinto, perchè Tizio acquistava il fondo da **Secondo** dopo che **Primo** aveva accettato l'eredità puramente e semplicemente, ed era divenuto creditore del suo debitore **Secondo**, e la compensazione legale aveva estinto il debito di **Secondo** e con esso l'ipoteca che lo garentiva. Tizio comprava quel fondo su cui gravava una iscrizione che non aveva più ragione di esistere. Però **Primo** prese le dieci mila lire da **Secondo** va in America, viaggia per molti anni e per avventura ignora la vendita che suo padre ha fatto del fondo **Foresta**: ritorna in patria morto il padre e paga il suo debito verso **Secondo**. Passa del tempo e nell'amministrazione delle sue cose trova il titolo di credito, si accorge di aver pagato un debito che poteva compensare, si trova di fronte a **Secondo** divenuto insolvente, si giova dell'azione ipotecaria e la rivolge contro Tizio possessore del fondo. Sarebbe egli anche in questo caso respinto? L'ignoranza del credito toglie la contemporanea esistenza dei due debiti ed impedisce la compensazione legale. Egli paga il suo debito senza la scienza del credito, l'ignoranza è scusabile, il suo credito sopravvive con tutte le sue garentie (1). Razionalmente però questo riguardo non è giustificato. Se la compensazione opera da se ed all'insaputa delle parti, l'ignoranza del proprio credito non ha ragione d'imporre una eccezione al principio della salvezza del diritto dei terzi.

(1) Quegli che ha pagato un debito, il quale di dritto era estinto in forza della compensazione, e poi propone il credito per cui non ha op-
posto la compensazione, non può, in pregiudizio dei terzi, valersi dei pri-
vilegi, delle ipoteche o cauzioni annesse al suo credito, semprechè non
abbia avuto un giusto motivo d'ignorare il credito che avrebbe dovuto
compensare il suo debito. Art. 1295.

355. La compensazione esige perfetto equilibrio dei diritti uno in presenza dell'altro. Se questo equilibrio fosse rotto da circostanze accidentali che non pregiudicano la natura dei compensabili e potrebbero facilmente avviarsi, la compensazione avverrebbe avviando al disquilibrio momentaneo e riparabile: così

Quando i due debiti non sieno pagabili nello stesso luogo, non si può opporre la compensazione, se non computate le spese di trasporto al luogo del pagamento. Art. 1292.

356. In concorrenza di più debiti da estinguersi con la compensazione, si osservano le regole medesime della imputazione legale (1).

357. Di lato alla compensazione legale di cui finora abbiamo spiegato la natura e gli effetti, vi è la compensazione facoltativa. Quando taluno dei quattro fattori della compensazione legale manca ed ostacola la estinzione della obbligazione per opera della legge ed esso è in potere delle parti, lo si deduce in giudizio, si fa valutare dal magistrato, e la compensazione sorge non da se stessa e per propria forza, ma per forza del principio di autorità che la dichiara. **Mer-**
cadè adduce vari esempi a chiarimento della teoria. **Primo** è debitore di **Secondo** di mille franchi puramente e semplicemente, **Se-**
condo ne deve altrettanti a **Primo** ma a termine; i due debiti non si compensano per difetto di esigibilità. Ma primo convenuto al pagamento rinuncia al termine a suo favore assegnato al suo credito, l'esigibilità è ristabilita, la compensazione è possibile, il magistrato la dichiara.

Voi mi dovete il cavallo **Febus**, io ve ne debbo uno qualunque, la compensazione non è possibile per difetto di specie identica. Ma se sulla vostra domanda io dichiaro rilasciarvi **Febus** in com-

(1) Quando la medesima persona abbia più debiti, si osservano per la compensazione le stesse regole che sono stabilite per l'imputazione nell'articolo 1258. Art. 1293.

penso di un cavallo qualunque che vi debbo, la compensazione è possibile.

Io son vostro creditore di lire 2000, ma sono garante di un vostro debitore per altrettanto. Se mi convenite direttamente senza chiamare il debitor principale, io non posso compensare perchè non siamo debitori un dell'altro. Ma se invece di oppormi alla vostra azione vi domando il mio credito, e dichiaro compensarlo col vostro, la compensazione è possibile, perchè il mio fatto ristabilisce l'identità sull'obbiettivo.

Io vi debbo 1000 lire, voi mi dovete cento ettolitri di grano convenuto, non posso eccepire la compensazione per difetto di liquidità; ma vi domando la liquidazione del mio credito, il magistrato mi darà un termine per liquidarlo; la liquidazione fatta, i debiti si compensano.

358. In tutti questi casi alla domanda si oppone una domanda, alla convenzione una riconvenzione diretta a distruggere o ad attenuare la convenzione dell'attore. Questa controdomanda dicesi tecnicamente **riconvenzionale**.

Voet la definisce, *riconventio est petitio qua reus vicissim quid ab actore petit, ex eadem vel diversa causa*.

Altri dice: *riconventio est mutua rei petitio ad petitionis actoris redacta*.

La riconvenzionale insomma è una domanda che un convenuto oppone a quella dell'attore per distruggerla, modificarla o sopravanzarla.

Tre specie di riconvenzionale conosce la dottrina. La prima tende a conseguire l'aggiudicazione del sopravanzo della compensazione avverata. La seconda tende a far liquidare debito illiquido per contrapporlo al liquido e compensarlo. La terza tende a far discutere da un medesimo giudice l'eccezione che si contrappone all'azione presso di lui istituita, quantunque per regola quella eccezione costituirebbe un'azione da sperimentarsi in diversa sede.

Queste riconvenzionali sono evidentemente fondate sulla equità e sulla economia dei giudizi. Pure l'antico diritto romano, tanto geloso della equità, non le riconosceva per servire ad un sistema sacramental-

mente formulario da cui non seppe che assai tardi prescindere. **Papiniano** lo ammise, e **Giustiniano** introdusse quella di terza specie perchè trovò giustissimo che il giudice dell'azione fosse pure giudice dell'eccezione. Ma questa giustizia, evidentissima nel sistema dei giudizi romani, potrebbe incontrare difficoltà nei nostri. Colà i Pretori, i Governatori, i Presidi, ai quali era affidato il potere giudiziario, non giudicavano le liti private se non in casi eccezionali, che perciò si dicevano, **cognitiones extraordinariae**. In tutte le altre non giudicavano, ma *iudicem dabant* come si è detto altrove (V. 2 N.º 248). Era quindi regolare che l'attore non potesse ricusare come giudice dell'eccezione quel giudice che era da lui eletto per la propria azione, o dalla cui autorità non poteva sottrarsi.

Papiniano restringeva questa riconvenzionale all'eccezioni che avevano una certa connessità con l'azione. **Giustiniano** non fece distinzione ed il foro ritenne la riconvenzionale anche senza connessità. Però non era possibile la riconvenzionale senza connessità, quando il giudice non era eletto dalle parti, ma dato dal Principe.

Questa teoria giurisdizionale non poteva avere eco in Francia, ove i giudici erano dati, però si ammise la riconvenzionale di seconda specie, ma per decreto reale. Dal 1580 in poi si fece anche a meno del decreto, e si ammise pure la riconvenzionale di terza specie però limitata dal sistema di **Papiniano**, cioè nei soli casi di connessità di causa.

Le nuove leggi non si occuparono della riconvenzionale, e quindi passò come giurisprudenza, come uso del foro, che generalmente ritenne la riconvenzionale di terza specie, nei casi di connessità di causa.

Nel sistema del codice italiano la riconvenzionale per scopo di compensazione va sempre giudicata dalla stessa autorità giudiziaria competente per materia o valore a giudicare dell'una e dell'altra.

della confusione

359. La confusione è la riunione di due diritti e di due qualità contrarie in una medesima persona. I contrari riuniti si distruggono a vicenda, si confondono, si perdono. L'effetto della confusione è la estinzione dei diritti e delle obbligazioni incompatibili in una medesima persona. L'estinzione è in ragion diretta della confusione (1).

La estinzione della obbligazione principale opera l'estinzione degli accessori, quindi confuse le qualità di creditore e debitor principale, non vi sono più fideiussori. La confusione della qualità di fideiussore e creditore, di fideiussore e debitor principale non opera la estinzione della obbligazione principale. Nel primo caso resta una obbligazione non garantita perchè niuno può garantire il proprio credito; nel secondo resta una obbligazione non garantita perchè nessuno può essere debitore e garante nel tempo istesso.

La confusione in persona di uno dei debitori in solido non profitta ai condebitori se non per la porzione di cui era debitore (2).

360. La redazione dell'articolo 1297 è difettosa nell'alinea. La riunione nella persona del fideiussore della qualità di creditore e di debitore principale non produce la estinzione dell'obbligazione principale. O la congiunzione **e** dev'essere disgiunzione **o**, ovvero la parola **non** è intrusa. Non è possibile altrimenti concepire obbliga-

(1) Quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona, avviene una confusione di diritto che estingue il debito e il credito. Art. 1296.

(2) La confusione che si opera per la riunione delle qualità di creditore e di debitore principale nella stessa persona, profitta ai fideiussori.

La riunione nella persona del fideiussore della qualità di creditore e di debitore principale non produce l'estinzione dell'obbligazione principale.

La confusione nella persona di uno dei debitori in solido non profitta ai suoi condebitori, se non per la porzione di cui era debitore. Art. 1297.

zione principale ove garante, debitore, creditore sono una cosa medesima.

361. La confusione è impedita per effetto dell' istituzione giuridica l' eredità beneficiata, la quale ha per effetto di considerare l' erede e la successione come due personalità distinte, per la qual cosa l' erede conserva i suoi diritti contro l' eredità, senza confondere nella sua persona le qualità di debitore e creditore.

SEZIONE VI.

della perdita della cosa dovuta

362. Non vi può essere obbligazione senza oggetto, e quando l' oggetto della obbligazione è una cosa e questa perisce o è messa fuori commercio, o si smarrisce in modo che se ne ignori assolutamente l' esistenza, la obbligazione si estingue.

Quando una cosa vien meno, ciò avviene o per un fatto non imputabile a chicchessia, o per colpa di alcuno; nel primo caso ogni responsabilità sparisce, quindi l' obbligazione è spenta: l' impossibile giustifica tutte le posizioni. Nel secondo caso vi è una responsabilità, quindi una obbligazione ed un diritto correlativo, su cui possono muoversi contese e litigi, che spetta al magistrato derimere, alla legge prevedere.

Partiamo da principii regolatori di una verità incontrastabile. Niuno è tenuto all' impossibile — Il presente non retroagisce sul passato — Ciò che da principio sta validamente, non può essere distrutto da un avvenimento posteriore — E per contrario: *quod initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere.*

Da questi principii la sapienza romana ha desunto due regole che ha tramandato alla ragion giuridica universale: *obligatio quamvis initio recte constituta, extinguitur, si res inciderit in eum casum a quo incipere non poterat.* Se la mancanza della cosa rendeva fin da principio impossibile la obbligazione, se un avvenimento posteriore non imputabile a chicchessia ha distrutto la cosa, *res incidit*

in eum casum a quo incipere non poterat, e quindi la obbligazione è estinta. Niente è più razionale di questa deduzione, che il codice italiano traduce con le parole: quando una determinata cosa che formava l'oggetto della obbligazione perisce, od è posta fuori commercio, o si smarrisce in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue, **se la cosa è perita o posta fuori commercio o smarrita** senza colpa del debitore, e prima che questi fosse in mora. Notate le parole marcate che sono applicazione di altro principio.

Il presente non retroagisce sul passato. Ciò che da principio sta validamente, non può essere distrutto da un avvenimento posteriore. Perfezionata una obbligazione pura e semplice non si scioglie per effetto di avvenimenti posteriori, che facciano ricadere la cosa *in eum statum a quo incipere non poterat*; donde l'altra regola di diritto: *non est novum ut quae semel utiliter constituta sunt durant, licet ille casus extiterit a quo initio capere non potuerat*. Contratto con voi la vendita del mio cavallo Stello e la convenzione, fu perfezionata. Stello può perdersi per un avvenimento qualunque, ma nessuno avvenimento al mondo può far sì che Stello non abbia esistito e non sia il cavallo che io aveva l'obbligo di consegnarvi. Tutto sta a vedere se la perdita di Stello sia avvenuta per fatto mio, se la mia obbligazione era perfetta al momento del fatto che la distrusse. Se Stello è perito per mia colpa, e quando la obbligazione di consegnarvelo era perfetta, è perita la cosa ma non la mia obbligazione, io dovrei consegnarvi Stello, e perchè ciò è impossibile ne debbo il prezzo. Ma se Stello è perito senza mia colpa, e quando la obbligazione di rendervelo non era compita, non vi è obbligazione alcuna a mio peso: ecco perchè il codice italiano alle parole, l'obbligazione si estingue, aggiungeva, **se la cosa è perita o posta fuori commercio o smarrita senza colpa del debitore e prima che questi fosse in mora**. Tre condizioni adunque si richiedono perchè la obbligazione sia estinta per perdita della cosa dovuta: 1.° perdita della cosa — 2.° perdita non imputabile al debitore — 3.° perdita non imputabile prima che non sia in mora di consegnarla.

Ma può darsi che il debitore non avesse assunto a suo carico i casi fortuiti e che anche posto in mora la cosa perisse. In tal caso si scioglierebbe forse l'obbligazione?

Caso fortuito è quello non imputabile a chiechessia. Le conseguenze del caso fortuito cadono sul proprietario della cosa, ma un patto può addossare al debitore tali conseguenze. In mancanza di questo patto *res perit domino suo*. Se Stello a cui riguardo non ho assunto il pericolo dei casi fortuiti perisse anche nel tempo in cui io versava in mora e perisse per caso fortuito, cosicchè sarebbe anche perito in mano vostra ove ve lo avessi consegnato, è chiaro che la sua perdita estingue la mia obbligazione. Però come il caso fortuito è un fatto che io allego per liberarmi da una obbligazione, spetta a me far la pruova di tal caso.

Questo caso fortuito però non può giovare mai al ladro per esimerlo dall'obbligazione di restituire il prezzo della cosa rubata o smarrita per qualunque causa. Nel furto vi è sempre colpa, dolo, delitto, e delitto non genera diritti. Egli è perciò che il codice italiano soggiunge: ancorchè il debitore sia in mora e non abbia assunto a suo carico il pericolo dei casi fortuiti, si estingue l'obbligazione se la cosa sarebbe ugualmente perita presso il creditore ove gli fosse stata consegnata. Il debitore è tenuto a provare il caso fortuito che allega.

In qualunque modo sia perita o smarrita una cosa rubata, la perdita di essa non dispensa colui che l'ha sottratta dal restituirne il valore (1).

(1) Quando una determinata cosa che formava l'oggetto della obbligazione perisce, od è posta fuori di commercio, o si smarrisce in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue, se la cosa è perita o posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, e prima che questi fosse in mora.

Ancorchè il debitore sia in mora e non abbia assunto a suo carico

il pericolo dei casi fortuiti, si estingue l'obbligazione, se la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore ove gli fosse stata consegnata.

Il debitore è tenuto a provare il caso fortuito che allega.

In qualunque modo sia perita o smarrita una cosa rubata, la perdita di essa non dispensa colui che l'ha sottratta, dal restituirne il valore. Art. 1298.

Senza colpa, il debitore è sciolto dalla sua obbligazione, ma egli è estraneo alla cosa perita, smarrita o posta fuori di commercio. Egli non può conservare alcun diritto sopra di essa, ma deve cederlo al suo creditore, il quale non potendo raccogliere la cosa raccoglierebbe l'azione d'indennità se potesse competergli (1).

Giova qui ricordare che la condizione risolutiva dei contratti sinallagmatici è relativa all'inadempimento volontario non all'impossibile e quindi l'estinzione di una obbligazione per perdita della cosa dovuta non trascinerebbe l'estinzione della obbligazione corrispettiva.

SEZIONE VII.

dell'azione di nullità o di rescissione

363. Nella vita sociale non vi sono diritti ed obbligazioni assolute. Tutto è modale nella vita giuridica. I diritti e le obbligazioni esistono quando si costituiscono nei modi che la legge ha prescritto per la loro esistenza o validità. Se i modi son violati, la legge annulla gli atti da cui derivano, ed il diritto e l'obbligazione illegalmente costituiti si estinguono. La nullità è modo di estinzione delle obbligazioni.

Le nullità sono create dalla legge, e diconsi **letterali**, *ipso jure*, se la legge le esprime: **virtuali** se sono desunte dallo spirito della legge mercè un processo logico — giuridico, affidato al magistrato.

(1) Allorchè la cosa è perita, posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, i diritti e le azioni che gli spettavano riguardo alla medesima, passano al suo creditore. Art. 1299.

Letterale o virtuale che sia la nullità dà luogo all'azione tecnicamente detta di **nullità**. Con essa si provoca dal magistrato la pronunziatione della nullità, imperocchè essa deve sempre esser pronunziata dal magistrato.

La nullità letterale, *ipso jure* è pronunziata dalla legge per un vizio sia intrinseco sia estrinseco appariscente, e la di cui visibilità dispensa da ogni indagine sulla sua esistenza. La nullità virtuale è stabilita dalla legge per un vizio estrinseco latente che fa d'uopo scoprire, valutare, acclarare prima di pronunziare la sua esistenza. Così: non vi è obbligazione senza consenso; non può consentire l'incapace cioè il minore, l'interdetto, la donna maritata. Ecco un vizio appariscente, che dà luogo alla nullità espressa. La fede di nascita, la sentenza d'interdizione o di inabilitazione, l'atto di matrimonio esibiti al magistrato bastano perchè egli dichiari nulla la obbligazione consentita dal minore, dall'interdetto, dalla donna maritata. Tutti gli atti di donazione debbono esser fatti per atto pubblico altrimenti son nulli, dice la legge nell'articolo 1056. Basta presentare l'atto di donazione in forma privata perchè il magistrato ne dichiari la nullità.

Per l'opposto vi sono dei vizi estrinseci latenti, che annullano la obbligazione come tutti quelli che viziano la libertà del consenso vizi che debbono esser delotti, acclarati nella loro esistenza, valutati nella loro entità prima che possano motivare una sentenza di nullità. Ma delle une e delle altre l'effetto è l'istesso: l'annullamento dell'atto, la rescissione della obbligazione.

Annullamento e rescissione sono sinonimi. La legge li usa promiscuamente, ma gli scrittori a furia di sottigliezze han voluto vedere nella nullità qualche cosa di differente dalla rescissione.

Si è già altrove parlato del dualismo legislativo romano. Il **jus** sacramentale della forma nel vecchio diritto, l'espressione del vero e del giusto nel diritto Pretoriano. L'uno sacrificava la giustizia alla forma, l'altro preferiva il sacrificio della forma a quella della giustizia, ma non osauo attaccare di fronte la veneranda podestà della legge la declinava, la eludeva con disposizioni ingegnose, che avevano dello spirito e della verità. Un contratto non avente la forma

legale era **niente** pel **jus quiritum**. *Nihil agit qui contra legem agit*; ma il contratto legalmente formato era valido, fosse anco l'apoteosi della immoralità e della ingiustizia. La santità della legge copriva la iniquità dell'uomo. Un contratto legalmente formato era l'effetto dell'errore, della violenza, del dolo; poco importava al **jus quiritum**. La vittima non poteva sottrarsi dalla obbligazione iniqua ma conforme al **jus**. Il Pretore, rappresentante il progresso del razionalismo sul materialismo romano, in omaggio della giustizia e della verità dava alla vittima respinta dal **jus** l'azione *quod vi vel metus causa*, il di cui effetto era quello di rescindere l'obbligazione contratta sotto l'impressione della violenza, e restituire le cose com'erano prima del contratto. Fu questa la famosa **restitutio in integrum** dei romani, azione pretoria, il di cui effetto era l'azione di nullità della obbligazione infetta da vizio redibitorio.

Or siccome in Roma l'atto nullo era **niente**, e l'atto nullo era quello fatto contro il **jus constitutum**, non vi era bisogno di un azione di nullità per toglier vita ed effetto ad un atto che non aveva mai avuto esistenza. Per i Romani invalidità giuridica ed inesistenza di un atto, valeva lo stesso. Da ciò la distinzione della nullità **ipso jure** dalla nullità semplice: quella agiva da se senza bisogno di alcun processo giuridico, questa doveva essere profferita dal magistrato in seguito dell'azione di rescissione. Si scorge così che nullità e rescissione in Roma eran cose distinte, però non vi era azione per la nullità, ma si confondeva in quella di rescissione, cosicchè azione di nullità e rescissione in sostanza valeva l'istesso.

È facile comprendere come questa nullità **ipso jure** nel contratto romano è cosa a cui non risponde nella vita giuridica alcuna pratica utilità. Un fatto contra **jus constitutum** non ricercato di alcuno effetto, è affatto indifferente: ricercato di un effetto qualunque si riesce inevitabilmente ad una contrarietà di idee, che nella vita sociale non può risolversi altrimenti che col principio di autorità. Il concetto della nullità **ipso jure** romana cadde quindi da se per incarnarsi in un altro concetto logico e razionale. Un atto si è compiuto contro il precetto della legge: esso sta in fatto contro la legge, il magistrato che è la legge parlante ne pronunzia la nullità.

E siccome nella ragion civile l'azion del magistrato è provocata dall'azione privata, si disse azione di nullità quella diretta ad ottenere l'annullamento di un atto mancante dei suoi elementi costitutivi secondo il precetto di legge. Dato un atto formato coi suoi elementi costitutivi, se per ragion di equità può rescindersi, fa d'uopo che si abbia un'azione per ottenerne la rescissione. Ecco l'azione di rescissione distinta dall'azione di nullità. Questa s'incarna ad una necessità giuridica, quella ad una necessità morale, l'una è la futile nullità **ipso jure** del diritto romano trasformata in un concetto logico e razionale, l'altra è la riproduzione della **in integrum restitutio** del sistema pretoriano.

Questa rescissione, fondata sopra una necessità morale, si è considerata in Francia come una declinazione dello stretto diritto civile, un rimedio straordinario da richiedersi non al magistrato ma al potere sovrano, e quindi si provocava un permesso speciale per intenderla, una (**lettre de relief**) lettera di rescissione. Fu così sino alla pubblicazione del codice Napoleone, quando disconosciuta questa giurisdizione reale, ed affidato ai magistrati ordinari il potere giudiziario, le azioni di nullità e di rescissione si confusero e nella natura e nell'effetto. La teoria passò dal codice francese a tutti i codici che si modellarono su quel sublime lavoro della civiltà surta dalla rivoluzione della secolo XVIII.

Pur non di meno piacque agli scrittori trar fuori delle sottigliezze per riuscire a distinguere la nullità dalla rescissione. **Toullier** volle applicare all'azione di nullità lo scopo di annullare i contratti infetti da vizio estrinseco, ed a quella di rescissione lo scopo di annullare quelli di vizio intrinseco. **Duranton** mette l'azion di nullità contro le nullità assolute ossia quelle di ordine pubblico, la rescissione contro le nullità relative ossia d'interesse privato. **Zacarïae** vede nell'azion di nullità il mezzo giuridico, per cui si domanda l'annullamento di una obbligazione che non accoppia tutte le condizioni volute per la sua validità, vale a dire tutte le condizioni richieste sotto pena di nullità letterale o virtuale. Nell'azion di rescissione vede il mezzo giuridico per cui si domanda la ritrattazione di una obbligazione d'altronde valida, ma donde è derivata lesione. Vede

quindi nelle due azioni differenza nel fondamento su cui poggiano, e sulla prova che deve somministrare chi l'intenta.

Son sistemi senza interesse. Quanto potrebbe semplicizzarsi la dottrina giuridica prescindendo dalle lucubrazioni oziose e dalle quistioni di parole!

Cosa fa l'azione di nullità? provoca una dichiarazione del magistrato per cui l'atto non ha esistenza giuridica, è come non fatto, ed annulla l'obbligazione che ne deriva. Cosa fa l'azione di rescissione? provoca la dichiarazione per cui l'obbligazione racchiusa nell'atto è rescissa, cioè annullata. L'effetto di entrambe è uno. Come si propongono queste azioni, in qual modo, e presso chi? Sempre un modo per tutte: per tutti i rapporti azioni di nullità e di rescissione suona l'istesso. Esse tendono a distruggere una obbligazione affetta dal vizio di violenza, errore o dolo, o contratta nello stato d'incapacità d'azione o costituita senza le formalità espressamente richieste dalla legge per taluni atti, o per lesione.

364. Qualunque di queste cause sia il movente dell'azione di nullità, il suo scopo è sempre quello di distruggere un atto che sia illegalmente e costituisce dei rapporti giuridici.

Nulla di più esoso e pericoloso nelle relazioni sociali quanto le posizioni equivocate ed incerte. Nella vita del diritto tutto è scambio ed incrociamiento d'idee e di cose. Le posizioni precarie inceppano il movimento o lo complicano in modo da spostare ad un tempo interessi moltissimi per un interesse solo. È necessario quindi eliminare nel minor tempo possibile le posizioni equivocate, e ciò si ottiene determinando un tempo in cui l'azione dell'interessato potesse svolgersi per smascherarle e distruggerle.

Questo tempo elasso vuolsi considerare come espressione di tolleranza capace a rattificare la posizione equivoca, e renderla così reale e permanente. Circoscrivere una azione in ragion di tempo importa dettare per essa una prescrizione. La legge doveva dunque dettare una prescrizione per l'azione di nullità e di rescissione, e l'ha prescritta con l'elasso di cinque anni dal momento in cui è divenuta possibile.

Le azioni di nullità o di rescissione di un contratto durano per cinque anni in tutti i casi, nei quali non siano state ristrette a minor tempo da una legge particolare.

Questo tempo non comincia a decorrere nel caso di violenza, se non dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore o di dolo, dal giorno in cui furono scoperti; riguardo agli atti degli interdetti e degli inabilitati, dal giorno in cui è tolta l'interdizione o l'inabilitazione; riguardo agli atti dei minori, dal giorno della loro maggiore età; e riguardo agli atti delle donne maritate, dal giorno dello scioglimento del matrimonio. Art. 1300.

365. Sottrarsi dagli effetti di una obbligazione nulla per un vizio qualunque è un diritto derivante dal supremo diritto di conservazione. Mezzo a questo diritto è l'azione di nullità, dunque questo mezzo costituisce a sua volta un diritto trasmissibile agli eredi, come sarebbe trasmissibile l'obbligazione che si vuole distruggere. Però questa trasmissibilità non deve violare il principio sociale che ha consigliato la prescrizione di cinque anni. Gli eredi non possono dunque pretendere un periodo utile speciale per essi per l'esercizio di questa azione.

Le dette azioni si trasmettono agli eredi; ma essi non possono esercitarle, se non entro quel tempo che rimaneva ai loro autori, salvo però le disposizioni relative all'interruzione o sospensione del corso delle prescrizioni. Art. 1301.

366. Però se questa azione come tale è colpita da prescrizione, come eccezione vale sempre per abbattere il diritto che si pretendesse ripetere da una convenzione nulla o rescindibile. Un contratto è nullo perchè estorto con violenza: la vittima tollera per un motivo qualunque l'onta che si è portata al supremo dei suoi diritti la libertà, perchè niun danno materiale a lui ne proviene, perchè non si esige da lui l'adempimento dell'obbligazione estorta. Ma l'autore della violenza dopo i cinque anni si fa a pretendere l'obbligazione. Immoralità! la legge non poteva tollerarla. La vittima oppone in via di eccezione la nullità in tutti i casi nei quali avrebbe potuto de-

durla in via di azione, e questa eccezione è al coperto della prescrizione (1). La legge adotta pel caso in parola la famosa legge cotalo avversata da qualche scrittore: *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipendum*.

367. La legge fondamentale delle relazioni sociali è l'eguaglianza. Questa eguaglianza è un concetto giuridico, ma non è un fatto. In natura vi è il forte ed il debole, l'astuto ed il cretino, l'adulto ed il fanciullo. Questa disuguaglianza di fatto, che protesta contro l'ineguaglianza di diritto, è corretta dalla legge positiva con temperamenti ed istituzioni tali che valgono ad eguagliare le condizioni. Primo tra gli esseri che richiamano la protezione della legge è il minore.

Quattro sistemi sono in campo nella scienza sulla protezione dovuta al minore. Il primo tende ad accordare al minore l'azione di nullità per solo riguardo alla sua incapacità, l'azione di rescissione pel caso di lesione. In questo sistema al minore che agisce da se senza l'assistenza del tutore, compete l'azione di nullità sia che venga o no pregiudicato. Se agisce legalmente rappresentato, e sarà leso, il contratto sarebbe rescisso **tamquam laesus**.

Il secondo sistema ritiene il minore incapace di contrattare negozi lesivi; e quindi la lesione si compenetra nella incapacità: **laesus tamquam minor**. In questo sistema si accorda al minore la rescissione pel solo fatto della minore età lesa.

Il terzo sistema ammette la rescissione per sola **lesione effettiva**, quindi al minore non leso non dà riguardo alcuno.

Il quarto sistema accorda l'azione di rescissione per gli atti regolarmente fatti dal tutore nel caso di lesione, e per gli atti che il minore fa da se, ma nega per questi ultimi la nullità.

(1) L'eccezione di nullità o di rescissione può essere opposta da chi è convenuto per l'esecuzione del contratto in tutti i casi, nei quali avrebbe potuto egli stesso agire per nullità o rescissione.

Quest'eccezione non è soggetta alla prescrizione stabilita nell'articolo 1300. Art. 1302.

Il primo sistema dà troppo. Gli atti regolarmente fatti non possono pregiudicare i terzi. La rescissione è ingiusta; il solo regresso contro il tutore potrebbe esser razionale. Il secondo dà poco. Obbliga il minore alla prova della lesione, sconosce il principio della incapacità assoluta del minore. Il terzo si confonde negli effetti col secondo, riconosce il principio della incapacità del minore, ma non se ne preoccupa ove non vi è la lesione. Il quarto finalmente si confonde col terzo e col secondo, ma ne migliora i principii.

Il codice italiano segue un sistema di mezzo il più giusto ed il più razionale. Detta i suoi temperamenti per equiparare la condizione del minore a quella del maggiore. Serbati questi temperamenti si acquieta e non esige di più, ma violati, e con la violazione disquilibrati i diritti e vilipeso il principio di uguaglianza, occorre sollecita a ripristinarlo, annulla gli atti e le obbligazioni che ne derivano. Il minore posto in una condizione svantagiosissima di fronte al maggiore nelle contrattazioni, sarebbe esposto a tutti i raggiri ed agli inganni di un uomo astuto o per lo meno sarebbe vittima della inesperienza. È giusto che sia protetto, eguagliato nell'azione al maggiore per mezzo del tutore o del curatore. Anche a lato di costoro la legge si preoccupa dei bisogni del minore, lo protegge ancora, ed esige per taluni atti che lo interessano, l'adempimento di disposizioni speciali, di speciali formalità, che costituiscono per sé stesse delle garanzie pel suo bene. Così la legge ha detto, la vendita dei beni del minore non può farsi senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia omologata dal tribunale, nè dal minore o dal tutore solo o entrambi insieme; violato il temperamento di associare al diritto del minore l'azione del suo tutore o curatore, violata la precauzione delle disposizioni speciali per taluni atti che interessano i minori, la legge ne fa una causa di nullità e dice:

Nelle obbligazioni dei minori l'azione di nullità è ammessa,

1.° Allorchè il minore non emancipato ha fatto da se un atto senza l'intervento del suo legittimo rappresentante;

2.° Allorchè il minore emancipato ha fatto da se un atto, nel quale la legge richiede l'assistenza del curatore;

3.° Allorchè non sono osservate le formalità stabilite per alcuni atti con disposizioni speciali di legge. Art. 1303.

368. A condizione uguagliata e coi modi voluti dalla legge gli atti del minore, dell' interdetto o dell' inabilitato sono assimilati a quelli del maggiore (1).

Ad ogni modo al minore non è dato impugnare di nullità l' obbligazione contratta quando egli con raggiri o mezzi dolosi abbia occultato la sua qualità di minore. Però la dichiarazione di maggiore età considerata sola non può ritenersi costituente in dolo il minore. Potrebbe essere una velleità, un errore, una falsa notizia sull' epoca della sua nascita, un fatto insomma innocente per lui. Ma quando questa dichiarazione fosse corredata da tali circostanze da far scoprire nel minore il disegno preconcepito d' ingannare, è costituito in mala fede e soggetto alla legge comune (2).

Nessun riguardo poi si deve al minore quanto alle obbligazioni nascenti da delitto o quasi delitto (3).

369. L' azione di nullità o rescissione produce la estinzione delle obbligazioni e la restituzione delle cose allo stato primiero quanto agli interessi del minore. Nessuno può pretendere rimborso di ciò che ha pagato al minore, all' interdetto, o all' inabilitato o ad una donna maritata in forza di una obbligazione che rimanga annullata. Però per la massima *nemo potest fieri lucupletior prae damno alterius* la prova dell' **utile versione**, cioè la prova che quanto

(1) Gli atti compiuti nel modo voluto dalla legge nell' interesse di un minore, di un interdetto o di un inabilitato hanno la forza che avrebbero, se fossero fatti da un maggiore di età pienamente capace. Art. 1304.

(2) L' obbligazione non si può impugnare da quel minore, che con raggiri o mezzi dolosi ha occultato di essere tale.

Ma a costituire in dolo il minore non basta la dichiarazione da lui fatta di essere maggiore. Art. 1305.

(3) Il minore è pareggiato al maggiore di età per le obbligazioni nascenti da delitto o quasi-delitto. 1306.

fu pagato venne rivolto a vantaggio dei medesimi, dà diritto al rimborso (1).

370. È dominante nel sistema generale di legislazione il principio di equilibrare i diritti e le condizioni dei contraenti per serbare il principio di eguaglianza in tutta la sua applicazione. Così una divisione ereditaria può rescindersi quando uno dei coeredi provi di essere stato leso nella divisione oltre il quarto (1038): il venditore leso oltre la metà del giusto prezzo di un immobile ha il diritto di chiedere la rescissione della vendita ancorchè nel contratto avesse rinunciato espressamente alla facoltà di domandare una tal rescissione ed avesse dichiarato di donare il di più del valore, purchè questa domanda sia fatta nei due anni dal giorno della vendita (1529, 1531). Vi è dunque una rescissione per causa di lesione che la legge accorda ai contraenti in generale nei casi e modi espressamente determinati; azione che dev'essere spiegata nel suo tempo, e quando vi sia una lesione oltre il quarto nelle divisioni, oltre la metà nelle vendite. Questa azione di lesione compete ai maggiori, compete pure ai minori. Ma in riguardo a costoro ha luogo quando essi agiscono legalmente rappresentati e compiendo gli atti nelle forme legali, altrimenti milita per essi l'azione di nullità anzicchè quella di rescissione per lesione. È questa una conseguenza del sistema di protezione spiegato a favore della minore età negli articoli 1303 a 1307.

Di fronte ai vari sistemi dominanti nella scienza il legislatore modula nettamente il suo nei citati articoli, accordando al minore l'azione di nullità per incapacità indipendentemente dalla lesione. Data però agli atti del minore, legalmente fatti, la forza istessa degli atti

(1) Nessuno può pretendere di essere riborsato di ciò che ha pagato a un minore, a un interdetto o inabilitato o a una donna maritata in forza di un' obbligazione che rimanga annullata, ove non provi che quanto fu pagato, venne rivolto a vantaggio dei medesimi. 1307.

dei maggiori di età pienamente capaci, aveva d' uopo di spiegarsi quanto alla lesione di cui si occupavano i sistemi dominanti. Ed è qui che il legislatore dichiara che in fatto di lesione i minori rientrano nel diritto comune. In conseguenza poi del principio di garanzia, accordato nel sistema legislativo alla commerciabilità dei beni, dichiara che questa azione non pregiudica i terzi, che avessero acquistato diritti sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rescissione (1).

371. Data una obbligazione per la quale, a norma del sistema finora svolto, compete al minore l'azione di nullità, è chiaro che il minore può far sparire il vizio che infetta la sua obbligazione mercè un atto giuridico, che dicesi atto di conferma. Questo atto di conferma per esser valido bisogna che sia efficace allo scopo cui tende. Qual è lo scopo dell'atto di conferma? Correggere il vizio, convalidare la obbligazione viziosa; dunque fa d' uopo aver la coscienza del vizio della obbligazione assunta, ed esprimere la volontà di correggere quel vizio che dava luogo all'azione di nullità.

Questa conferma è espressa o tacita. La espressa deve contenere la sostanza della obbligazione, la menzione del vizio, la volontà di emendarlo. La tacita risulta dall'adempimento della obbligazione con la coscienza del vizio, in tempo in cui si ha la capacità di confermarla.

L'effetto della conferma espressa o tacita è quello di ribadire l'azione di nullità o rescissione cui si aveva diritto. Questo effetto però non pregiudica mai i diritti dei terzi.

S'immagini che Tizio dopo aver venduto nella sua minor età i

(1) L'azione di rescissione per causa di lesione non si può proporre, ancorchè si tratti di minori, se non nei casi e sotto le condizioni specialmente espresse nella legge.

La detta azione, nei casi in cui è ammessa, non produce effetto a danno dei terzi, i quali hanno acquistato diritto sugli immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rescissione. 1308.

fondo Ercolano a Caio, divenuto maggiore accordi a Mevio una servitù su questo fondo: posteriormente egli conferma la vendita a favore del compratore Caio. Questa conferma retroattiva metterebbe fuori via Mevio e la sua servitù sul fondo Ercolano. Ma egli ha contrattato in un tempo in cui il fondo Ercolano in faccia alla legge era di diritto presso Tizio ed illegalmente ed in fatto in potere di Caio. Egli può agire per l'azione di nullità. Se Tizio conferma la sua obbligazione può farlo senza pregiudizio della servitù concessa a Mevio. Caio dovrebbe rispettare la servitù o veder rescissa la vendita.

Due eccezioni detta la legge a questa conferma:

1.° L'azione di rescissione per causa di lesione;

2.° L'azione di nullità assoluta per difetto di forma.

Queste azioni non si possono sanare per conferma. Diremo a suo luogo che la legge non permette al lesio di rinunciare preventivamente all'azione di lesione, ond'è chiaro che se la lesione non si può rinunciare preventivamente, non si potrebbe confermare per ratifica o esecuzione volontaria. Sarebbe rendere elusiva la disposizione della legge (1).

Quanto alla forma dei testamenti e delle donazioni la regola si

(1) L'atto di conferma o ratifica di una obbligazione, contro la quale la legge ammette l'azione di nullità, non è valido, se non contiene la sostanza della stessa obbligazione, il motivo che la rende viziosa e la dichiarazione che s'intende di correggere il vizio su cui tale azione è fondata.

In mancanza d'atto di conferma o ratifica, basta che l'obbligazione venga in tutto o nella maggior parte eseguita volontariamente da chi conosce il vizio dopo il tempo, in cui l'obbligazione stessa poteva essere validamente confermata o ratificata.

La conferma, ratifica o esecuzione volontaria secondo le forme e nei tempi determinati dalla legge produce la rinuncia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto, salvi però i diritti dei terzi.

Le disposizioni di quest'articolo non si applicano all'azione di rescissione per causa di lesione. Art. 1309.

Non si possono sanare con verun atto confermativo i vizi di un atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità. Art. 1310.

applica soltanto al donante od al testatore non già agli eredi od aventi causa da loro. La di costoro ratifica o esecuzione volontaria include la rinunzia ad opporre ogni eccezione contro quegli atti. Essi non potrebbero in tal caso che riconoscere un dovere naturale e convertirlo in obbligazione civile (1).

372. Tra le cause estintive di obbligazione vanno annoverate la condizione risolutiva e la prescrizione. Della prima si è già trattato, della seconda si parlerà a suo luogo.

CAPO V.

della prova delle obbligazioni e di quella della loro estinzione

373. Fonti delle obbligazioni sono la legge, il contratto o quasi contratto, il delitto o quasi delitto. Niuno ha bisogno di provare la legge. La legge si presume a conoscenza di tutti, però chi pretende l'esecuzione della obbligazione nascente dalla legge, deve provare il fatto che costituisce il rapporto giuridico da cui discende la obbligazione richiesta. Chi pretende la esecuzione di una obbligazione nascente da contratto o quasi contratto, delitto o quasi delitto, deve provare il contratto o il fatto da cui risulta l'obbligazione.

Provata l'obbligazione non resta che l'adempimento, o la prova del pagamento o del fatto che ha prodotto l'estinzione della obbligazione. Questa prova deve farsi da chi dica aver pagato o in altro modo estinta l'obbligazione. La sapienza romana diceva: *onus probandi incubit ei qui dicit non qui negat*, e questa massima è del tutto razionale.

In omaggio della umanità e del principio di libertà ed indipen-

(1) La conferma, ratifica o esecuzione volontaria di una donazione o disposizione testamentaria per parte degli eredi o aventi causa dal donante o testatore, dopo la morte di lui, include la loro rinunzia ad opporre i vizi delle forme e qualunque altra eccezione. Art. 1311.

denza, la legge presume l'uomo libero da ogni impegno, come lo presume innocente da ogni delitto. La libertà e l'innocenza costituiscono lo stato normale in natura. Ogni ente si muove nella propria cerchia per uno scopo determinato. Nell'ordine fisico l'incontro o l'urto delle potenze produce quei fenomeni che fanno così bella e sorprendente la natura; nell'ordine morale l'incontro o l'urto delle volontà produce quei fenomeni che fanno così animata e varia la vita giuridica. Il fisico ed il meccanico, che vogliono dar ragione del fenomeno naturale, mettono in rilievo le potenze operanti, la reciproca azione, e giustificano l'effetto con la prova della presenza delle cause. Nell'ordine morale chiunque pretende che lo stato normale di libertà ed indipendenza di un uomo sia alterato a suo riguardo, sia addebitando altrui una obbligazione o imputandogli un delitto, deve provare il fatto donde l'obbligazione deriva, deve provare l'azione contraria alle leggi penali a carico dell'imputato. È questo il principio generale che regola la vita giuridica civile e penale.

Provata l'obbligazione, lo **stato quo** è costituito da quel vero giuridico da cui risulta l'alterazione dello stato normale. Chi pretende che l'alterazione dello stato normale si è ristabilita per un fatto posteriore, naturalmente è obbligato di provare questo fatto. La legge adunque attua un principio eminentemente razionale allorché dice:

Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione. Art. 1312.

Chi domanda l'esecuzione di una obbligazione spiega l'azione corrispondente al suo diritto e nel tecnicismo legale dicesi attore, **actor**; chi è chiamato all'adempimento dicesi convenuto, **reus**; quindi: *onus probandi incubit actori*, e perchè il **reus**, il convenuto, che eccepisce una eccezione atta a distruggere una azione, agisce a sua volta per scopo siffatto, il sintetico linguaggio giuridico dei romani diceva: *reus in excipiendo actor fit*.

Provare una obbligazione, provare l'estinzione di una obbliga-

zione importa provare un **fatto**, cioè una cosa che ha o si ebbe una esistenza reale: il **non fatto**, cioè quello che non ha, nè ebbe esistenza reale è nulla, e provare il nulla è impossibile. La negazione del fatto è l'affermazione del non fatto, del nulla: dunque la prova della negazione è impossibile, e come *ad impossibilia nemo tenetur*, un aforisma giuridico ha detto: niuno è tenuto a fare la prova negativa.

Questa massima fu dai glossatori dedotta dalla L. 23 C. lib. 3 tit 19 che dice: *Actor quod asseverat probare se non posse profutendo, reum necessitate monstrandi contrarium non astringit; cum per rerum naturam, factum negantis probatio nulla sit*. Questa massima del codice è vera. Chi nega non è obbligato a provare. La negazione opposta alla affermazione val tanto quanto questa, qualunque sia la qualità e condizione delle parti. È il principio di eguaglianza che ha ancora in questo rapporto la sua espressione. Ma i glossatori isolando l'ultima frase della legge *factum negantis probatio nulla* ne fecero una massima assoluta che non sta. Occorrono delle negazioni che bisogna provare.

Convinti della inesattezza del principio i glossatori immaginarono quattro classi di negative, cioè: negativa di un diritto — negativa di una qualità — negativa di un fatto definito — negativa di un fatto indefinito — e dissero che le prime tre possono provarsi. La scienza però ha distrutto queste sottigliezze ed ha detto: *Ubiqumque negatio est causa intentionis alicuius, sive agentis, sive excipientis ei qui negat incumbit onus probandi, sive sit negativa juris, sive facti, sive qualitatis*. Quando la negazione è base di una pretesione spetta la prova al pretendente, imperocchè è egli allora l'attore, è egli che domanda.

Il **Mercadè** ha meglio di ogni altro formulata la massima: ogni novella pretesa, ogni allegazione tendente a mutare lo stato attuale delle cose dev'esser provata da colui che l'aggita, e giammai da colui contro del quale è diretta e che la impugna.

Primo si presenta con una dichiarazione di debito a suo favore per costringere **Secondo** al pagamento. L'obbligazione si esprime così: mi obbligo pagare a **Primo** lire 5000 a 4.º maggio.

Due ipotesi: **Secondo** dice; l'obbligazione di cui siete latore non è mia. Ecco una negazione opposta alla asserzione, questa obbligazione è vostra. **Secondo** che nega nulla deve provare, **Primo** ha obbligo di provare che la firma è di **Secondo**. Il giudizio, che la legge chiama di **ricognizione** spetta a **Primo**.

Secondo non sconosce la sua firma, accetta l'obbligazione come sta, ma la dice nulla perchè senza causa. Or **Primo** ha per sé uno *stato quo*, cioè l'esistenza di una obbligazione sostenuta da titolo. **Secondo** allega una circostanza tendente a mutare lo stato delle cose, cioè la non causa che distrugge la obbligazione. Egli è obbligato a farne la prova, e per avventura la prova della non causa è una prova negativa. (Art. 1120, 1121).

Il dotto **Pescatore** riassume così le sue idee sulla massima *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*: « Nei giudizi civili chiunque afferma una verità di fatto qual fondamento e condizione giuridica del suo intento, benchè la proposizione di fatto rivesta la forma della negativa, ne debbe fornire la prova, ed allora soltanto non è dovuta la prova quando si nega la condizione di fatto posta dall'avversario, e s'invoca, da colui che nega, la libertà generale, o un diritto anteriore.

374. Ma come si provano le obbligazioni?

L'unica prova possibile è la testimonianza dell'uomo, la quale assume una forma diversa secondochè viene precedentemente consegnata in uno scritto, confidata ad un segno, o risulta dalla dichiarazione attuale semplice o giurata delle parti medesime, o dei terzi non interessati. Così dell'unica fonte delle prove la testimonianza, se ne fa la prova scritta, la prova dei segni, la prova delle tacche, la prova testimoniale, la confessione, il giuramento.

La induzione, fonte delle umane conoscenze, applicata ai fatti umani dà le presunzioni, altro fonte di prove.

375. La scienza si è occupata del problema relativo alla libertà o all'uso determinato delle prove nei giudizi civili. Si lasci a ciascuno il modo di contrattare come vuole, si lasci a ciascuno libero il modo come provare i suoi diritti e le obbligazioni corrispondenti. È questo un sistema.

La prova testimoniale, si è detto, è generalmente guardata con diffidenza pel pericolo di trovare testimoni compiacenti anzichè veridici, e tale pericolo non può dirsi cessato nello stato attuale della società. Quindi si elimini affatto la prova testimoniale e tutto si riduca alla prova per iscritto nei giudizi civili. Ecco un altro sistema.

Altri ha veduto in questa proscrizione della prova testimoniale un inceppamento agli affari, e si è pronunziato per l'uso della prova testimoniale, ma limitato.

376. Il codice italiano mantiene tutte le specie di prove possibili circoscrivendone alcune a seconda del bisogno sociale meglio inteso, come diremo trattando di ciascuna di esse.

377. La prova per iscritto è la testimonianza delle parti interessate consacrata coi segni permanenti e certi della scrittura. Questo scritto è destinato a riprodurre quando che sia la testimonianza delle parti interessate a far prova delle cose fatte o convenute. Questo scritto che contiene la testimonianza delle parti interessate su di un fatto dicesi **Atto**. Questo atto o è un fatto compiuto dalla sola parte interessata e dicesi atto **privato**, o è fatto con l'intervento di altri testimoni e di un ufficiale pubblico destinato dalla legge a fare una testimonianza privilegiata, e dicesi atto **pubblico**.

Dunque :

La prova per iscritto risulta da atto pubblico o da scrittura privata.
Art. 1313.

378. La più sicura testimonianza diceva **Pisanelli** è quella risultante dall'atto pubblico. Esso fa piena prova dei fatti seguiti davanti il pubblico ufficiale e nel medesimo dichiarati, finchè non viene impugnato con la querela di falso.

Talune legislazioni han sistematicamente preteso l'atto pubblico per tutti i contratti interessanti la proprietà. Altre lo han richiesto per l'atto di donazione e pel matrimonio. **Pisanelli** nel suo progetto riteneva la forma pubblica necessaria soltanto per tali contratti, e lasciava alla libertà delle parti in tutti gli altri l'uso della scrittura privata od anche della contrattazione verbale. La commissione

senatoria, ritenuto il progetto **Pisanelli** circa la necessità del pubblico istrumento pel contratto di matrimonio e di donazione, voleva estendere la necessità della prova scritta alle vendite d'immobili, al vitalizio ed alla transazione. In seno della commissione coordinatrice sursero tre opinioni. L'una sosteneva il progetto **Pisanelli** quanto al contratto di matrimonio e donazione, libera per tutto altro la convenzione scritta o verbale, ma limitava la prova testimoniale al valore di L. 500 per qualunque causa. L'altra esigeva la necessità dell'istrumento per tutti i contratti relativi a beni stabili. La terza adottava il progetto senatorio, cioè l'istrumento pei contratti di donazione e matrimonio non solo, ma per la vendita d'immobili, permuta, vitalizio e transazione. Si discusse molto, e finalmente sulle osservazioni del **Cassinis** si è adottato il progetto senatorio, ma si volle per l'uniformità del sistema determinare in un articolo espressamente le convenzioni che debbono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, e si è formolata quindi ed approvata la seguente disposizione:

Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità,

1.° Le convenzioni che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, salvo le disposizioni relative alle rendite sopra lo Stato;

2.° Le convenzioni che costituiscono o modificano servitù prediali, o diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto;

3.° Gli atti di rinuncia ai diritti enunciati nei due numeri precedenti;

4.° I contratti di locazione d'immobili per un tempo eccedente i nove anni;

5.° I contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società è indeterminata o eccede i nove anni;

6.° Gli atti che costituiscono rendite sì perpetue come vitalizie;

7.° Le transazioni;

8.° Gli altri atti specialmente indicati dalla legge. Art. 1314.

dell'atto pubblico

379. La vita sociale è un continuo scambio di convenzioni, un avvicendamento di doveri e diritti surti da esse per provvedere ai bisogni dell'uomo, come mezzi del suo svolgimento. Questa vita è attiva in ragione dello scambio, e questo scambio è utile in ragione dell'effetto, cioè dell'attuazione del bisogno mercè l'adempimento della obbligazione. Or tra lo scambio e l'adempimento mettete un ostacolo da superare ed avrete avvilito e paralizzato il movimento sociale e la sua utilità. Questo ostacolo è il niego della obbligazione, il rifiuto dell'adempimento che opera nel creditore il dovere della prova. È una necessità sociale rovesciare questo ostacolo, renderlo impossibile o per lo meno di breve durata, mercè una istituzione che valga a dare una prova prontissima, **parata** come dicevano i latini, e tale che al solo mostrarsi tolga l'ostacolo all'adempimento della obbligazione. La legge lo ha fatto. Essa ha istituito degli uffiziali pubblici cui ha dato il potere di rivestire i loro atti di tal forza probante che riscuotano la fede pubblica, che abbiano in loro stessi l'impronta della verità e della certezza, che abbiano in una parola l'**autenticità**, così che come il sole dirada e scioglie le tenebre col mostrarsi, essi possano col sol mostrarsi sciogliere gli ostacoli che si frappongono all'adempimento delle obbligazioni che racchiudono. Se non che, come dalle istituzioni sociali è inseparabile il tarlo della malizia o del dolo, questi atti debbono rivestirsi di tali guarentigie da vincere la malizia umana. Le guarentigie sono le formalità solenni che la legge richiede negli atti perchè abbiano a produrre l'effetto che la legge attribuisce loro, o queste solennità nel sistema legislativo sono sempre in ragion diretta della entità del loro effetto.

Or se la legge dà ad un atto la verità, la certezza giuridica cosicchè abbia esecuzione parata, quest'atto dev'essere rivestito da solenni tali e tanti da rendere impossibile o per lo meno difficile l'impero

della malizia e del dolo. Questo atto, creazione della legge sociale, è l'atto pubblico.

L'atto pubblico è quello che è stato ricevuto colle richieste formalità da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, nel luogo ove l'atto è seguito, ad attribuirgli la pubblica fede. Art. 1315.

380. Tre condizioni adunque si richiedono per l'atto pubblico :

1. intervento dell'uffiziale pubblico ; — 2. sua competenza ; — 3. adempimento delle formalità.

L'uffiziale pubblico autorizzato dalla legge ad attribuire pubblica fede ai suoi atti è qualunque pubblico ufficiale che agisce nel regolare esercizio delle sue funzioni. L'atto di usciere, di un cancelliere, dell'uffiziale dello stato civile regolarmente redatto è atto pubblico. Ma vi sono degli uffiziali pubblici specialmente addetti alle contrattazioni e diconsi **notai**. Però non tutti i notai possono stipulare indistintamente. La eminente potenza d'imprimere il suggello della fede pubblica ai suoi atti accordata al notaio, richiede che egli sia posto in condizioni tali da meritarsela e di essere al caso di esercitarla al coperto di ogni frode ed inganno. Supponete un notaio non conosciuto nè conoscitore delle parti ed avrete un ignoto che non può ispirare la fiducia pubblica nè riscuoterla. Egli è perciò che la legge ha istituito in ogni comune dei notai attribuendo loro una cerchia territoriale entro della quale possono stipulare atti, li obbliga alla residenza permanente in quel luogo perchè siano conoscitori delle parti e siano sempre pronti alle richieste. È perciò che la legge chiama il notaio uffiziale pubblico autorizzato **nel luogo dove l'atto è seguito**. Fuori della sua cerchia egli sarebbe un uffiziale incompetente ad attribuire fede pubblica.

La legge esige il concorso delle formalità richieste per costituire l'atto pubblico. Essa però non le determina che nella legge speciale sul notariato. Noi le riassumiamo così:

4. Espressione chiara e precisa delle generalità dei contraenti e delle loro qualità di parti o di procuratori e dei testimoni e menzione espressa di essere persone al notaio ben note ;

2. Indicazione precisa del luogo e tempo, del giorno, mese ed anno in cui l'atto è seguito;

3. Elezione di domicilio delle parti ove non l'avessero; -

4. Riunione all'atto delle procure delle parti rappresentate;

5. Lettura dell'atto a chiara ed intelligibile voce alle parti e testimoni, sottoscrizione delle parti e testimoni o dichiarazioni del motivo che glielo abbia impedito, sottoscrizione del notaio, impressione del tabellionato, ossia del suggello ufficiale.

381. L'atto pubblico legalmente formato **fa piena fede** della convenzione e dei fatti seguiti alla presenza del notaio, o da altro ufficiale pubblico che lo ha ricevuto. **Piena fede**, ecco l'effetto dell'**autenticità**. Il notaio è un testimone dei fatti avvenuti alla sua presenza, testimone privilegiato, testimone ai cui detti è attribuita l'**autenticità**. L'autenticità è la verità.

La falsità è la negazione della verità, quindi la falsità distrugge l'autenticità, e con essa la piena fede che l'è attribuita. L'unico attacco possibile contro l'efficacia dell'atto pubblico è l'attacco di falso. Se l'accusa di falso è diretta, cioè in linea penale, l'atto pubblico non perde la sua efficacia se non col mandato di cattura, che nell'economia dei giudizi penali non si emette che sopra indizi gravissimi di reità. Se l'accusa di falso è in via incidentale, nel giudizio civile, l'atto non perde la sua efficacia, ma il magistrato può sospendere temporaneamente l'esecuzione, come lo può anche per l'atto attaccato di falso in linea penale dal momento della querela sino al rilascio del mandato di cattura. Rilasciato il mandato la sospensione è di diritto (1).

(1) L'atto pubblico fa piena fede della convenzione o dei fatti seguiti alla presenza del notaio o d'altro pubblico ufficiale che lo ha ricevuto.

Ciò non ostante nel caso di querela di falso in via penale, l'esecuzione dell'atto impugnato per falso viene sospesa col mandato di cattura; sino a che non sia rilasciato il mandato di cattura, o nel caso di querela di falso in via civile, l'autorità giudiziaria può a norma delle circostanze sospendere temporaneamente l'esecuzione dell'atto. Art. 1317.

382. L'atto ricevuto da un ufficiale pubblico incompetente o incapace, l'atto che non presenta le formalità richieste dalla legge, manca degli elementi di autenticità, non è atto pubblico, non fa piena fede; ma ad ogni modo esso attesta un fatto, una convenzione, e quando questa convenzione ha la dichiarazione delle parti consacrata da' segni permanenti della scrittura, cioè della firma delle parti contraenti, è una scrittura senza intervento dell'uffiziale pubblico che ha la potenza di autenticarla, è una scrittura in cui il notaio assume la qualità di un testimone comune non di testimone privilegiato, in somma è una scrittura privata (1).

383. Tanto nella scrittura pubblica che nella privata, bisogna distinguere il dispositivo dalla enunciativa. Il **dispositivo** è quel fatto che le parti propongono a scopo della loro convenzione. Così in un contratto di vendita, il dispositivo è la trasmissione della proprietà.

La **enunciativa** è tutto ciò che si dice nell'atto, e che potrebbe esser tolto senza alterare la sostanza. Così nella vendita l'enunciativa sarebbe la esposizione della provenienza al venditore della cosa venduta. Or questa enunciativa può avere un rapporto diretto col dispositivo e può essere del tutto estranea. Nel primo caso ha forza pari al dispositivo, nel secondo è un indizio che non fa prova ma può servire per un principio di prova, cioè sulla base di esso può completarsi la prova del fatto a cui adduce. Così in un contratto di mutuo si dico che gl'interessi sono stati pagati. Nel mutuo il pagamento degli interessi ha un rapporto diretto con la costituzione del mutuo, quindi è una enunciativa che si compenetra col dispositivo. Per forza dell'atto è tanto vero che gl'interessi si siano pagati, quanto è vera la costituzione del mutuo.

In un contratto di vendita, dispositivo è la trasmissione della proprietà, il pagamento del prezzo. Dato che il compratore dicesse:

(1) L'atto che per incompetenza od incapacità dell'uffiziale o per difetto di forma non ha forza di atto pubblico, vale come scrittura privata, quando sia stato sottoscritto dalle parti. Art. 1316.

vi pagherò il prezzo convenuto alla scadenza del mio debito di 40 mila lire che vi debbo, e i di cui interessi sono saldati sino a questo giorno. È evidente che questa dichiarazione di saldo d'interessi è una enunciativa che non ha alcun rapporto diretto col dispositivo dell'atto di vendita e quindi non assume la forza probante di esso. È un fatto però che, partendo dal compratore ed accettato dal venditore, costituisce un principio di prova, cioè un fatto su cui può elevarsi una prova testimoniale che non potrebbe senza di esso essere ammessa (1).

384. La legge determina l'effetto dell'atto pubblico con le parole: L'atto pubblico fa piena fede della convenzione e dei fatti seguiti alla presenza del notaio o di altro pubblico ufficiale che lo ha ricevuto.

Il codice francese ed i codici italiani anteriori al vigente limitavano questo effetto fra le parti contraenti e loro eredi, o coloro che han causa da esse. Bisogna distinguere effetto dell'atto pubblico quanto alla fede e quanto alle obbligazioni che racchiude, o come dice la scienza, la forza **probante** dalla forza **efficiente** dell'atto.

Quanto alla fede l'atto pubblico prova sino alla iscrizione in falso *id quod conventum aut factum est* e lo prova contro tutti indistintamente e parti ed estranei, locchè vale il dire: l'atto pubblico ha forza **probante** universale.

Quanto alle obbligazioni che l'atto racchiude è naturale che lo effetto sia circoscritto fra le parti, loro eredi ed aventi causa per il principio *res inter alios acta nec nocet nec prodest*, locchè vale il dire; l'atto pubblico ha forza **efficiente** fra i contraenti ed i soli contraenti. I terzi non sono affatto pregiudicati nè dalle disposizioni

(1) Tanto l'atto pubblico quanto la scrittura privata fanno prova tra le parti anche di quelle cose, le quali non sono state espresse che in modo enunciativo, purchè l'enunciativa abbia un diretto rapporto colla disposizione.

Le enunciative estranee alla disposizione non possono servire che per un principio di prova. Art. 1318.

nè dalle enunciative. Però le convenzioni hanno degli effetti che sono conseguenze del loro essere, ma ne hanno degli altri che la legge loro associa per fatto tutto suo. I primi sono opera dell' uomo ed in conseguenza s' impongono soltanto a coloro che convengono ed a coloro ai quali si estende la condizione giuridica dei contraenti. I secondi sono opera della legge ed in conseguenza s' impongono a tutti; cosicchè i contraenti sono legati **ex vi conventionis**, tutti gli altri sono legati non *ex vi conventionis* ma **ex dispositione juris**.

Vendo il fondo non mio a Primo di buona fede — Egli lo possiede e fa suoi i frutti — Il vero proprietario rivendica il fondo, ma Primo conserva i frutti percepiti. Questo proprietario è pregiudicato dalla vendita non *ex vi conventionis* che è estranea a lui, ma **ex dispositione juris**, che attribuisce i frutti percepiti alla buona fede.

Chi acquista in buona fede e trascrive, prescrive con 10 anni dalla data della trascrizione (Art. 1237). Il proprietario che in ogni altro caso rivendicherebbe utilmente fra 30 anni è fuori diritto nell' undecimo anno, e perde 19 anni non *ex vi conventionis* ma *ex dispositione iuris*. È una massima del secolo XVI proclamata da **Dumoulin**: *Res inter alios acta non nocet, nec obligat, nec facit jus inter alios... nisi in quantum ex dispositione juris actus gestus eis praejudicaret, puta quoad acquisitionem tituli et conditionis usucapiendi, nec non bonae fidei fructuum lucrandorum*.

383. Contratta una obbligazione tra due o più parti con atto pubblico o privato nulla impedisce che la obbligazione contratta fosse modificata o anche distrutta dalla convenzione contenuta nella scrittura privata. Questo atto si chiama contro-dichiarazione, **contro-scrittura**, che s' incorpora, s' immedesima con la prima, sebbene siano due atti distinti. *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est*. Massima di ragion naturale sostenuta dalla ragion civile. Le parti contraenti possono distruggere la legge da loro costituita, ma l' effetto di questa loro dichiarazione non può riguardare che essi ed i loro successori a titolo universale (1).

(1) Le contro-dichiarazioni fatte per privata scrittura non possono a-

Sarebbe altrimenti distruggere tutta la forza degli atti pubblici, tutta la buona fede e l'ordine sociale.

Le controscritture sono dirette, dice **Mercadé**, a stabilire due posizioni, una vera, l'altra falsa ed apparente ma che i terzi crederanno esser vera. Ora facciano le parti quel che vogliano, la controscrittura fuori di essi non val nulla. Ma qui la parola terzi non va applicata a coloro che sono *penitus extranei* all'atto, ma agli aventi causa dei contraenti, come terzi acquirenti, creditori: tutti insomma coloro che han causa dai contraenti, purchè non siano successori a titolo universale, sono al coperto della controscrittura. I successori a titolo universale rappresentando l'**universum jus** assumono la stessa condizione giuridica dei loro autori, o quindi son tenuti a riconoscere la controdi chiarazione.

§ II.

della scrittura privata

386. Quando due parti o più convengono fra di loro e scrivono il loro contratto senza intervento di ufficiale pubblico si ha la scrittura privata.

387. I Romani avevano ed han tramandato alle legislazioni abolite il **chirografo**, cioè la scrittura privata contenente obbligazione unilaterale, la **sincrafa** contenente obbligazione bilaterale, l'**apoca**, cioè quitanza di obbligazione soddisfatta, **antapoca** ossia dichiarazione di debito.

Nel diritto patrio avemmo le obbligazioni **penes acta** e l'**apoca bancale**. Un debitore avanti il Mastro d'atti confessava con giuramento il suo debito e prometteva soddisfarlo. Questa obbligazione dicevasi **penes acta** ed aveva l'esecuzione parata, dimodochè

vere effetto che fra le parti contraenti ed i loro successori a titolo universale. Art. 1319.

senza citazione, **libello**, si spedivano le **lettere esecutoriali** tanto sulla persona che sui beni del debitore senza sentire le sue eccezioni.

L'**apoca bancale** era un ordine di pagamento che il debitore scriveva a favore del suo creditore sul banco pubblico. Se il debitore aveva sul banco i valori corrispondenti il creditore li ritirava e tutto era finito, altrimenti il *banco* rifiutava l'apoca, ed il debitore era reo di **stellionato** o di violata fede, e l'apoca rifiutata acquistava l'esecuzione parata come le obbligazioni **penes acta**.

Le nuove leggi riconoscono 7 specie di scritture private:

1. Gli atti per scrittura;
2. La lettera di cambio;
3. Il giornale dei negozianti;
4. Le carte domestiche;
5. Le note o scritture non firmate;
6. Le tessere o tacche a riscontro;
7. Le lettere missive.

388. Gli atti per scrittura privata sono firmati e sottoscritti dalle parti senza intervento di pubblico ufficiale, quindi mancano di autenticità, e della presunta verità che da essa deriva. Or quando questa verità è riconosciuta dalle parti mercè la riconoscenza della privata scrittura, o questa è legalmente considerata come riconosciuta l'autenticità è assodata, e la scrittura privata vale fra le parti, loro eredi ed aventi causa quanto l'atto pubblico tanto nella forza probante che nella efficiente (1).

Si riconosce la scrittura privata quando la sottoscrizione è autenticata da un notaio. Questa autentica si dà dal notaio facendo firmare la scrittura alla sua presenza e di due testimoni accertata la identità della persona dei contraenti (2).

(1) La scrittura privata riconosciuta da quello contro cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dello atto pubblico fra quelli che l'hanno sottoscritta, e fra i loro eredi ed aventi causa. Art. 1320.

(2) Si hanno per riconosciute le sottoscrizioni autenticate da un notaio. Il notaio non autenterà le sottoscrizioni, che non siano apposte

Si considera legalmente riconosciuta la scrittura privata quando la parte contro cui si produce, citata in giudizio, non comparisca, o comparendo non risponda, o rispondendo non neghi la scrittura specificatamente, o non dichiari di non riconoscere quella attribuita ad un terzo. (283 c. p.).

Quegli contro cui si produce un atto privato, è tenuto a riconoscere o negare formalmente il proprio carattere o la propria sottoscrizione.

I suoi eredi od aventi causa possono limitarsi a dichiarare di non conoscere il carattere o la sottoscrizione del loro autore. Art. 1321.

Quando la parte nega il proprio carattere o la propria sottoscrizione, e quando i suoi eredi e aventi causa dichiarano di non conoscerla, se ne ordina la verificaione giudiziale. Art. 1322.

389. La legge di procedura determina il modo di questa verificaione che si fa ad istanza del produttore, imperocchè è egli che domandando l'esecuzione della obbligazione deve provarla. Il niego del debito rende inefficace l'atto finchè la ricognizione ufficiale non imprima all'atto l'autenticità e renda la obbligazione che vi si contiene un vero giuridico.

La verificaione si fa in tre modi, cioè: con documenti; — con perizia calligrafa; — con testimoni.

La verificaione per documenti è la più sicura quando è possibile. Essa si ha quando la scrittura privata si trova menzionata in atti autentici cosicchè non si può dubitare della sua esistenza.

La verificaione per perizia calligrafa si ha quando i caratteri della scrittura privata o della sottoscrizione si confrontano con quelli contenuti in una scrittura autografa o in atti autentici per rilevarsene l'identità o meno.

La verificaione per testimoni poi si ha quando si chiamano testimoni degni di fede, che per avventura siano stati presenti alla formazione della scrittura e della sottoscrizione, ovvero depongono fatti

ella presenza sua e di due testimoni, premesso l'accertamento dell'identità delle persone dei contraenti. Art. 1323.

e circostanze che ineluttabilmente suppongono l'esistenza di quella scrittura. In tal caso più che riconoscere la scrittura è provarla per mezzo di testimoni. Però la prova testimoniale non è ammessa che congiuntamente alla perizia calligrafa salvo che questa sia impossibile per difetto di scritture di comparazione. (art. 284 c. prod. c.).

Riconosciuta la scrittura privata essa acquista la forza probante dell'atto pubblico, ma questa ricognizione nulla influisce sulla forza efficiente dell'atto, cosicchè:

Quantunque il carattere o la sottoscrizione sia stata riconosciuta o sia tenuta per tale, la parte contro cui si produce un atto privato, ha sempre il diritto di proporre le sue ragioni contro il contenuto nel medesimo, benchè non abbia fatta alcuna riserva al momento della ricognizione. Art. 1324.

390. I codici aboliti ad imitazione del francese, tranne l'estense ed il parmenso, richiedevano nelle scritture bilaterali la necessità di tanti originali quante erano le parti contraenti, e contenenti ciascuno l'indicazione degli originali redatti. Era un principio introdotto dal Parlamento di Parigi che lo sanzionava a pena di nullità. La convenzione anche provata in un altro modo, riconosciuta anche dalle parti era irremissibilmente nulla. Il Parlamento riponeva così tutta la forza probante ed efficiente della sinallagmatica in questa formalità. Il codice francese temperò il rigore di questo principio e fece risultare la forza probante del contratto bilaterale dall'adempimento del doppio originale. Chi riconosceva la scrittura poteva non ammetterla se mancava il doppio originale. Ciò era contraddizione nel sistema delle prove. Il codice napoletano ed il sardo si scostavano dal codice francese in quanto che la scrittura bilaterale senza l'adempimento del doppio originale mancava di forza probante, ma poteva però servire come principio di prova da completarsi con la prova per testimoni o in altro modo. Questo temperamento, diceva **Pisanelli**, non corrisponde ancora alla logica del diritto. Se l'atto fu sottoscritto dalle parti, la formazione di più originali, o la menzione di essi in ciascuno degli altri nulla aggiunge al valore della prova, anzi può dar luogo a contestazione quando per inavvertenza siasi in alcuno dei

medesimi omessa od aggiunta una espressione o siavi occorso lo scambio di una parola. Egli perciò nel suo progetto imitò i codici parmense ed estense, ed il codice italiano non esige affatto la molteplicità degli originali nelle scritture bilaterali.

Si è ritenuto poi il sistema adottato da tutti i codici per le scritture private contenenti obbligazione di una parte verso dell'altra per pagamento di somma di danaro, o di altra valuta in quantità, di esigere che tali scritture siano scritte per intero di mano di colui che le sottoscrive, o per lo meno che alla sottoscrizione si aggiunga di propria mano un **buono** ed **approvato** indicante in lettere per disteso la somma o quantità della cosa. La storia forense aveva registrato molti casi di frode commessi sopra fogli sottoscritti in bianco e lasciati in mano del creditore che poteva su di essi scrivere obbligazioni non consentite. Questo abuso di fiducia fu impedito con la necessità della scrittura per intero del corpo dell'atto e della sottoscrizione, od almeno della sottoscrizione e del **buono** ed **approvato**.

Nelle materie commerciali questa formalità non è richiesta. I codici aboliti ne esentavano pure i **buoni** rilasciati da artigiani, lavoratori, vignaioli, giornalieri e servitori. Pel caso nel quale il corpo dell'atto ed il **buono** siano differenti quanto alla somma espressa si è deciso ritenersi la minore come più favorevole all'obbligato, quando non si provi in qual parte sia precisamente l'errore (1).

(1) La polizza o promessa per iscrizione privata, colla quale una sola delle parti si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di danaro o a darle altra cosa valutata in quantità, debb'essere scritta per intero di mano di chi la sottoscrive, o per lo meno è necessario che questi alla sua sottoscrizione aggiunga di propria mano un *buono* od *approvato* indicante in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa.

Questa disposizione non si applica alle materie commerciali. Articolo 1325.

Quando la somma espressa nel corpo dell'atto è diversa da quella espressa nel *buono*, si presume che l'obbligazione sia per la somma mi-

Queste scritture private han forza probante ed efficiente tra le parti ed aventi causa come l'atto pubblico ad eccezione della data, la quale di fronte ai terzi, ossia dei semplici aventi causa, non conta che dal momento in cui la sua esistenza è indubbiamente contestata (1).

391. **Lettere di cambio**, cambiali sono delle scritture private che l'uso ha tanto generalizzato. Cambio è permuta di denaro con denaro mediante un lucro. Si è distinto il cambio **manuale** o **reale** dal cambio **traettizio** o **finto**. Era cambio manuale la permuta delle monete di una specie con quelle di un'altra. Il lucro dicevasi **collybos**, onde collibistici i cambia-monete. Il cambio traettizio si aveva quando si sborsava il denaro in un luogo per aversi in un altro. Il cambio finto era quando si dava in prestanza il denaro da pagarsi simultaneamente in un altro luogo; si simulava il mutuo e quindi si chiamava cambio finto. Le nuove leggi riconoscono il cambio traettizio nelle lettere di cambio o cambiali propriamente dette tratte da un luogo ad un altro. Quando poi queste lettere si trattano tra persone di un medesimo luogo si chiamano **biglietti ad ordine**.

Le lettere di cambio anticamente chiamate **collibisticas** richiedono uno che **tragga** la lettera cambiabile pagabile da un individuo ad un altro in un determinato luogo, quindi in una lettera di cambio vi concorrono: il **traente**, cioè colui che ordina, — il **possessore**, cioè colui a cui dev'esser pagata, — il **traettario**, cioè

nore, ancorchè l'atto come pure il *buono* siano scritti per intero di mano di colui che si è obbligato, ove non si provi in qual parte sia precisamente l'errore. Art. 1326.

(1) La data delle scritture private non è certa e computabile riguardo ai terzi che dal giorno in cui esse sono state trascritte o depositate nell'ufficio di registro, dal giorno in cui è morto o posto nella fisica impossibilità di scrivere colui o uno di coloro che le hanno sottoscritto, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture è comprovata da atti stesi da ufficiali pubblici, come sarebbero i processi verbali di apposizione di sigilli o d'inventario, o quando la data risulta da altre prove equipollenti. Art. 1327.

colui che deve pagare. Il traente è garante presso del possessore, e questo potendo cedere ad altri il suo diritto per mezzo di una girata dicesi **girante** e si associa col traente solidalmente per la garentia verso il possessore giratario. Questa garentia può pure prestarsi da un terzo indipendentemente dall'accettazione che fa il **traettario** o della girata, ed allora dicesi **avallo**. Queste lettere di cambio servendo assai bene al movimento celere dei valori cotanto utili al commercio hanno pronta esecuzione, sono scritture private autentiche per privilegio e vanno regolate con le leggi eccezionali contenute nel codice di commercio.

Lettere missive sono le lettere di corrispondenza, **epistolas**, che scritte e sottoscritte da un uomo rivelano il pensiero di lui, sono una confessione scritta, obbligano come ogni altra privata scrittura.

Giornale dei negozianti. Il codice di commercio prescrive che il negoziante o commerciante deve tenere un libro giornale, che presenti giorno per giorno i suoi debiti e crediti, le operazioni del suo commercio, le sue negoziazioni, accettazioni o girate di effetti, e generalmente tutto quanto riceve e paga per qualsivoglia titolo, oltre la dichiarazione mese per mese delle somme impiegate per le spese della sua casa, e ciò indipendentemente dagli altri libri che sono d'uso nel commercio, ma non indispensabili. Deve anche conservare in fascicoli le lettere ed i telegrammi che riceve, e copiare sopra un libro le lettere ed i telegrammi che spedisce, più deve tenere l'inventario di tutti i suoi beni mobili ed immobili, e debiti e crediti di qualunque natura e provenienza. Questi tre libri **giornale, copia-lettere, inventario** debbono esser tenuti con quella ricercatezza e regolarità ch'è prescritta dal codice di commercio. Tenuti regolarmente possono essere ammessi in giudizio per servire di prova tra i commercianti in materia di commercio. Contro i non commercianti vale la massima *nemo potest propria manu sibi debitorem adscribere*, quindi:

I libri dei commercianti non fanno fede delle somministrazioni che vi sono registrate, contro le persone non commercianti, ma possono autorizzare il giudice a deferir d'ufficio il giuramento all'una o all'altra parte. Art. 1328.

All' incontro :

I libri dei commercianti fanno fede contro di essi ; ma quegli che vuol trarne vantaggio, non può scinderne il contenuto in ciò che gli è contrario. Art. 1329.

Carte domestiche sono i registri di contabilità, i giornali, i taccuini, i memorandum, insomma tutto ciò che è destinato a notare e registrare gli affari domestici.

Niuno può creare una prova a se stesso, quindi:

I registri o lo carto domestico non fanno fede a favore di colui che le ha scritte, ma la fanno contro di esso,

- 1.º Quando enunciano formalmente la ricevuta di un pagamento ;
 - 2.º Quando contengono una espressa menzione che l'annotazione è stata scritta per supplire alla mancanza di titolo a favore del creditore.
- Art. 1330.

Note o scritture non firmate. Il possessore di un titolo di credito che è rimasto sempre nelle sue mani scrive in calce, in margine o nel dorso una annotazione tendente a dimostrare la liberazione del debitore. Questa annotazione fa fede della liberazione quantunque non sottoscritta nè datata dal creditore. Essa è la sua confessione scritta. Se **in mano del debitore** vi è un duplicato del titolo, una quitanza precedente, ed in dorso, calce o margine di esso vi è un'annotazione del **creditore** questa annotazione fa fede contro di lui. Essa è la sua confessione (1).

(1) Qualunque annotazione posta dal creditore in calce, in margine o nel dorso di un suo titolo di credito, la quale tenda a dimostrare la liberazione del debitore, fa fede, quantunque non porti nè la data nè la sottoscrizione del creditore, ed il titolo sia sempre rimasto presso di lui.

Lo stesso ha luogo per le annotazioni poste dal creditore nel dorso, in margine o in calce del duplicato di un titolo proprio del debitore o di una precedente quitanza, purchè tale documento si trovi presso il debitore. Art. 1331.

Nulla di più semplice, più naturale di questo genere di prova, ma si badi che in questa materia le circostanze di fatto sono influentissime e la loro valutazione è tutta lasciata al prudente arbitrio del magistrato.

§ III.

delle tacche o taglie di contrassegno

392. Le tessere o tacche a riscontro sono una specie di scrittura materiale. Chi somministra a minuto prende due pezzi di legno simili e vi segna con un taglio esteso su tutti due i pezzi le quantità somministrate, ne conserva una per lui, ne dà un'altra a chi riceve la somministrazione. Quando i tagli corrispondono la tessera fa fede fra le parti. Naturalmente in caso di differenza fra le marche fa fede la tessera tenuta dal debitore, il quale non potrebbe cancellare le marche, non avrebbe interesse di aggiungerne. Ma se il debitore non esibisce la sua, si sta a quella del creditore. La legge però non permette indistintamente l'uso di queste tessere, ma ne garantisce l'efficacia fra coloro che usano di comprovare con tal mezzo le somministrazioni che fanno o ricevono a minuto (1).

§ IV.

delle copie degli atti pubblici e privati

393. Il **titolo** nel linguaggio comune giuridico è la scrittura che contiene l'atto sia pubblico che privato, e si distingue in originale e copia. Fra gli atti pubblici vi sono quelli il di cui originale re-

(1) Le tacche o taglie di un contrassegno corrispondenti a quelle del contrassegno di riscontro fanno fede fra le persone, le quali usano di comprovare con tal mezzo le somministrazioni che fanno e ricevono al minuto. Art. 1332.

sta in potere del notaio, **strumenti**, e si rilasciano in copia, e quelli che si rilasciano in originale alle parti, **atti in brevetto**. Le scritture private restano in potere delle parti o si depositano nei pubblici uffici ritirandone copia. Si è detta qual sia la forza probante degli atti considerati come originali. Ricerchiamo ora la forza probante delle copie.

Le copie sono di 5 specie:

1. autentiche in forma esecutiva;
2. di prima edizione;
3. di seconda edizione;
4. estratte dalla matrice depositata;
5. copie di copie.

Il notaio che riceve l'atto pubblico è autorizzato dalla legge a rilasciare copia alla parte interessata dell'atto originale che resta presso di lui, ed autenticarla con l'impressione del suo suggello, tecnicamente detto **tabellionato**. Queste copie si spediscono in forma esecutiva cioè nel nome del re, e con ordine a tutti gli agenti del potere esecutivo di dar mano alla loro esecuzione.

Questa copia è l'atto istesso in tutta la sua entità e potenza, avvalorato, animato di azione che si trasfonde con l'**ordiniamo e comandiamo**, formola della **esecutorialità**.

La scrittura privata depositata nei pubblici archivi non può andare in mano delle parti altrimenti che in copia.

La legge ed i regolamenti speciali alla tenuta dei pubblici archivi determinano il modo come rilasciare alle parti richiedenti copia di un titolo depositato. La copia rilasciata dall'archivista in conformità dei regolamenti ha l'istessa fede dovuta al suo originale (1).

(1) Le copie degli atti pubblici, quando sono estratte dall'atto originale e sono autenticate dal notaio o da altro pubblico ufficiale che li ha ricevuti o che è legittimamente autorizzato ad autenticarle, fanno fede come lo stesso originale.

Fanno ugualmente fede le copie delle scritture private, il cui originale si trova depositato in pubblico archivio, quando siano spedite dall'archivista in conformità dei regolamenti. Art. 1333.

Se nei pubblici uffizi è depositata la copia autentica dal notaio stipulatore dell'atto pubblico o da altro pubblico ufficiale a cui la legge dà l'obbligo del deposito, quando l'interessato domanda all'archivista una copia e l'archivista la rilascia a norma dei regolamenti, si ha la copia di copia, ma copia di copia autentica, quindi questa copia di copia autentica ha l'istessa fede della copia autentica, cioè è l'atto medesimo, in tutta la sua forza probante (1).

Per quanta diligenza prescrivano le leggi ed i regolamenti speciali sulla tenuta degli archivi per il rilascio di queste copie, non è strana la possibilità di un errore, di un equivoco, di una parola o di una frase mal letta, ed aver così una copia non identica al suo originale. Interessa alla parte eliminare ogni dubbio sulla conformità della copia al suo originale: ma il titolo originale o la copia autentica depositata nel pubblico archivio non può uscire dall'archivio che in determinati casi specificati dalla legge; ed ordinariamente non è dato alle parti pretendere che l'originale o la copia autentica depositata in archivio, sia presentata in giudizio. Ad ovviare però al bisogno della certezza d'identità, la legge autorizza le parti interessate a domandare la collazione della copia con l'originale, o in mancanza di questo con la copia depositata in archivio (2).

Dato il caso che l'originale non esista più nè vi sia alcuna copia di esso depositata in archivio, ma esista la copia autentica estratta dall'atto originale dal notaio o altro ufficiale o dall'archivista sulla copia autentica depositata, questa copia fa piena fede purchè non sia

(1) Fanno la stessa fede le copie degli atti pubblici estratte in conformità dei regolamenti dall'archivista sulla copia autentica depositata nell'archivio dal notaio o da altro pubblico ufficiale, a cui sia dalla legge imposto tale obbligo. Art. 1334.

(2) Nei casi enunciati negli articoli precedenti, le parti non possono esigere la presentazione nel luogo del giudizio dell'atto originale, nè della copia depositata nel pubblico archivio, ma possono sempre esigere la collazione della copia coll'originale, e in mancanza di questo colla copia depositata nell'archivio. Art. 1335.

abbrasa nè dia luogo ad alcun modo a sospetti. (1). Questa copia istessa può servire di originale affine di estrarre altre copie quando si trovi in un pubblico registro, od anche in mano dei privati, purchè per ordine del giudice, citati gli aventi interesse o di consenso dei medesimi, vengano depositate nell'archivio a ciò destinato (2).

Le copie puramente private, e sono anche tali quelle estratte da pubblici uffiziali a ciò non autorizzati, e le annose, cioè quelle fatte da più di trenta anni, possono servire di principio di prova. È chiaro che la loro antichità è garentia contro il raggiro e la frode. Non vi sarebbe ragione di foggare un titolo senza idea di farlo valere come base di una azione, e che non si ebbe questa idea lo dimostra il trascorrimento del tempo di 30 anni senza attuarsi, cioè il trascorrimento di tempo per la più lunga prescrizione. Le meno antiche non servono che di indizio.

La trascrizione di una copia sui pubblici registri è un fatto avvenuto tra una parte che presenta un titolo ed un uffiziale pubblico che lo trascrive senza rispondere della verità ed efficacia di esso. Questa copia trascritta non può avere importanza maggiore di quella che si dà ad un semplice principio di prova per iscritto (3).

(1) In mancanza dell'originale e di una copia depositata in pubblico archivio, le copie autentiche estratte in conformità degli articoli 1333 o 1334 fanno tuttavia piena fede, purchè non sieno abbrase nè diano luogo in alcun modo a sospetti. Art. 1336.

(2) Le copie menzionate nell'articolo precedente possono anche servire di originale, affine di estrarre altre copie, qualora si trovino in un pubblico registro, od anche in mano di privati, se d'ordine del giudice, citati gli aventi interesse o di consenso dei medesimi, vengano depositate nell'archivio a ciò destinato. Art. 1337.

(3) La copia che, in mancanza dell'originale o di copia depositata in pubblico archivio, fossero state estratte da pubblici uffiziali a ciò non autorizzati, possono servire di principio di prova, ove siano fatte da più di trent'anni: se sono più recenti, possono secondo le circostanze essere tenute come semplici indizi. Art. 1338.

Lo copia che si trovassero solo trascritte sui pubblici registri, non possono servire che di principio di prova per iscritto. Art. 1339.

Il codice francese andava più in là e con esso il codice napoletano ed il parmense i quali per dare la forza di principio di prova per iscritto ad una copia trascritta sui pubblici registri richiedevano: 1.° La certezza di essersi perdute tutte le matrici del notaio di quell'anno in cui apparisco essersi fatto l'atto; ovvero che sia provata la perdita della matrice di quell'atto per un accidente particolare. 2.° Che esista il regolare repertorio del notaio donde apparisca che l'atto fu fatto colla medesima data. 3.° Che in tali casi ammessa la prova testimoniale venissero esaminati coloro che furono testimoni all'atto, se tuttora esistono.

Il codice italiano ad imitazione dell'Albertino non esige tanto, ma è naturale che nell'ammissione della prova complementare il magistrato usi di tutto l'accorgimento, e si regoli a maniera delle circostanze occorrenti.

394. Atti di ricognizione o rinnovazione sono quegli atti coi quali il debitore offre al creditore un nuovo titolo contenente una novella ricognizione.

È questo un trovato della legislazione del medio evo e del diritto canonico. Quando una bolla era vicina a logorarsi se ne cercava la rinnovazione. Surti i feudi e con essi la subinfeudazione si succedessero i titoli di concessione come nell'enfiteusi a tempo illimitato. Per garantire questi titoli dalla prescrizione di trent'anni s'introdusse il sistema di rinnovazione del titolo per opera di **Molineo**. Questi atti di rinnovazione o di ricognizione suppongono un titolo primordiale che riconoscono. **Molineo** chiamava le ricognizioni che riproducono il titolo primordiale, titoli di ricognizione **ex certa scientia**, chiamava quelle che riconoscono il titolo primordiale senza riprodurlo, titoli di ricognizione **in forma comuni**. Agli uni si dava tutta la fede del primordiale ed in conseguenza dispensavano dalla esibizione di esso. Gli altri, non presentando alcuna prova della esistenza del primordiale, non dispensavano il creditore dall'esibirlo ammenocchè non ve ne fossero molti ed uno di essi fosse antico, cioè oltre i 30 anni.

Pothier sostenne questa dottrina: il codice francese l'adottò, ma questa distinzione ritenuta dalla antica scuola dava luogo a molte

quistioni. Il codice italiano ha semplicizzato questa teoria. Ha dato all'atto di ricognizione o rinnovazione la forza di far fede contro il debitore suoi eredi ed aventi causa. Spetta a questi provare con l'esibizione del documento primitivo, che il titolo di ricognizione sia errato o che conceda dippiù del primitivo (1).

SEZIONE II.

della prova testimoniale

395. L'andamento legislativo segue il progresso sociale. Da ciò il principio le leggi non sono che l'espressione dei bisogni sociali. La scrittura per alfabeto surse nel 1700 innanzi l'era volgare e 200 anni prima si erano inventati i numeri. Or qual prova possibile prima di queste invenzioni? la testimoniale. Inventato le lettero principiò a farsi uso della prova scritta o questa prevalse alla testimoniale o questa a quella, secondo la diversità dei tempi e dei costumi sociali.

La prova testimoniale non è per se stessa infallibile mezzo per lo scoprimento del voro. Tra la verità dei fatti e la deposizione di un testimone non vi è un legame necessario: vi è un concetto legale attaccato ad una doppia presunzione. Dal buon senso dei testimoni si presume che non si siano ingannati; dalla loro probità si presume che non vogliano ingannare. Questa doppia presunzione genera il vero legale, che persone probe e di sana morale non possono concertarsi per deporre il falso. Questo vero giuridico sostiene la prova testimoniale a segno di trarre da essa la certezza giuridica. Ma il concetto contrario non è impossibile, quindi la prova testimoniale è per se stessa pericolosa. Essa può dar luogo alla malizia, alla

(1) L'atto di ricognizione o rinnovazione fa fede contro il debitore, i suoi eredi ed aventi causa, se questi coll'esibizione del documento primitivo non dimostrano che vi è stato errore o eccesso nella ricognizione.

Tra più atti di ricognizione prevale il posteriore di data. Art. 1340.

frode, all' inganno; d'altronde è indispensabile agli usi sociali. La legge doveva conciliare la necessità col pericolo e quindi non l'ha eliminata, non l'ha lasciata in libertà delle parti, ma adottando un temperamento medio, l'ha vietata in massima, permessa per eccezione.

La scrittura è generalmente diffusa, e coloro che la ignorano possono servirsi dell'opera di ufficiali pubblici che sono espressamente istituiti per supplire alla loro ignoranza. Ognuno può procurarsi una prova scritta sia pubblica sia privata. Però ciò non cessa di essere un inciampo allo scambio delle piccole cose, alle piccole contrattazioni della vita sociale.

396. La legge fa una prima eccezione al divieto della prova testimoniale per gli affari di piccola importanza. Il criterio di questa importanza non poteva essere altro che il valore, criterio più che ogni altro comprensivo. Quindi si è detto, non è ammissa la prova per mezzo di testimoni di una convenzione sopra un oggetto il cui valore eccede le lire cinquecento, ancorchè si tratti di depositi volontari. La linea di demarcazione tra le due prove è fissata dal valore dell'oggetto del contratto in L. 500. Al disopra di questa cifra non vi è prova testimoniale possibile, al di quà è libero alle parti procurarsi una prova scritta o affidarsi alla testimoniale. Però scelta la prova scritta non può controporsi ad essa la testimoniale, nè chiamarsi in ausilio per provarsi ciò che si sarà detto avanti, contemporaneamente o posteriormente alla formazione della scrittura, ancorchè si trattasse di una obbligazione di somma o valore inferiore alle lire 500, e che in origine avrebbe potuto lasciarsi alla prova testimoniale. Era in tal caso libero alle parti non affidarsi alla scrittura, ma affidarsi ad essa non possono più ricorrere alla testimoniale nè per distruggerla, nè per modificarla, nè per interpretarla. Il testimone non vince lo scritto. La sapienza romana proclamava anch'essa questo principio: *Testimonium non scriptum adversus instrumenti fidem vim habere non potest*.

Questo divieto della prova testimoniale fissato dalla legge per gli affari di un valore eccedente le lire 500 in materia civile torna però d'inciampo alle contrattazioni commerciali ove la prontezza, la rapidità, il momento a segno è produttivo di positivi vantaggi. La

legge doveva pure svincolare il commercio da tale inciampo. In quell'ordine di cose tutto è fiducia e buona fede: non concorreva dunque uno dei fattori del divieto di questo genere di prova, la diffidenza, il temuto pericolo dell'inganno, della frode e della mala fede. Non vi era dunque ragione ad estendere il divieto della prova testimoniale agli affari di commercio, quindi si è lasciato libero al magistrato di accordare la prova testimoniale, semprechè lo crede, negli affari di commercio. Egli è perciò che proclamando non ammessa la prova per testimoni per tutto ciò che eccede il valore da L. 500 fa salvo quanto è disposto nelle leggi relative al commercio (1).

397. Determinato il criterio di ammissibilità della prova testimoniale, il valore della domanda, la legge non guarda al modo come si compone questo valore e ricusa inesorabilmente la prova per testimoni quando il totale supera le lire 500 (2), tuttocchè la prima domanda si restringesse a questa cifra (3), tuttocchè fosse parte o residuo di un credito maggiore che non fosse provato per iscritto (4). È chiaro che in questo ultimo caso ammettendo la prova per la parte sarebbe ammetterla indirettamente pel tutto.

(1) Non è ammessa la prova per mezzo di testimoni di una convenzione sopra un oggetto, il cui valore eccede le lire cinquecento, ancorchè si tratti di depositi volontari. Non è neppure ammessa tale prova contro od in aggiunta al contenuto in atti scritti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente ai medesimi, ancorchè si trattasse di somma o valore minore di lire cinquecento.

Resta però in vigore quanto è stabilito nelle leggi relative al commercio. Art. 1341.

(2) La regola precedente si applica al caso in cui l'azione, oltre la domanda del capitale, contiene quella degli interessi, se questi riuniti al capitale eccedono la somma di lire cinquecento. Art. 1342.

(3) Quegli che ha fatta una domanda per una somma eccedente le lire cinquecento, non può essere ammesso alla prova testimoniale, ancorchè restringesse la sua prima domanda. Art. 1343.

(4) Non può essere ammessa la prova testimoniale sopra la domanda

Il rigore della legge giunge anche a negare la prova testimoniale ai crediti cumulati ancorchè dipendenti da cause diverse e costituiti in tempi diversi, purchè provenienti in origine da persone diverse, non si siano cumulati in un solo creditore per successione, donazione o altrimenti. La legge dice; guardatevi dal cumulare i vostri crediti contro una medesima persona in modo che eccedano le lire 500. Procuratevi una prova scritta per uno o più di essi perchè il valore dei crediti cumulati resti inferiore alle lire 500, imperocchè eccedendo questa somma non solo vi sarà preclusa la prova testimoniale, ma vi sarà pure negata l'azione distinta per ciascun credito, che non sia giustificato per iscritto (1). Il mio divieto è inesorabile purchè il caso non entri in una delle tre eccezioni, cioè: 1. o dell'esistenza di un principio di prova per iscritto, 2. o della impossibilità di procurarsi la prova scritta, 3. o per giustificata perdita del titolo in conseguenza di caso fortuito impreveduto e derivante da forza maggiore.

Primo fa a Secondo un mutuo di lire 100 e ripete per ben tre volte questo favore così che è creditore di lire 300 senza titolo. Se per la quarta volta Secondo cerca un altro mutuo di lire 250

di somma anche minore di lire cinquecento, quando sia dichiarato che tale somma è residuo o parte di un credito maggiore, il quale non è provato per iscritto. Art. 1344.

(1) Se nel medesimo giudizio una parte fa più domande, delle quali non ha documento in iscritto, e che congiunte insieme eccedono la somma di lire cinquecento, la prova per testimoni non può essere ammessa, ancorchè la parte allegasse che tali crediti provengono da diverse cause, e che furono formati in diversi tempi, purchè simili ragioni non derivassero da diverse persone per titolo di successione, donazione od altrimenti. 1345.

Tutte le domande, da qualunque causa procedano, che non sono interamente giustificate per iscritto, devono essere proposte nello stesso giudizio.

Le domande proposte in giudizi successivi non possono provarsi per testimoni. Art. 1346.

Primo deve esigere un titolo scritto per questa ultima somma o almeno per uno dei precedenti. Se nol fa egli sarà creditore di Secondo di lire 550, credito surto da 4 crediti distinti costituiti in tempi diversi. E se invece di mutuo, uno dei crediti fosse derivato da causa diversa, come per esempio da vendita di un mobile, o da una locazione di opera o altra causa qualunque, varrebbe l'istesso. La cifra cumulata da questi crediti distinti per tempo o causa in una medesima persona e provenienti da una medesima persona si considera come un credito solo ed eccedendo la cifra di lire 500, Primo non potrebbe essere ammesso a provarlo con testimoni non solo, ma eziandio non potrebbe più proporre domande successive e distinte per avvalersi della prova testimoniale. È a notare come ciascuno di questi crediti isolatamente considerato entra nei limiti della prova testimoniale, ma cumulati senza l'accortezza di assicurarne almeno uno con la prova scritta entrano nel divieto che potrebbe dirsi eccessivamente rigoroso, ma la legge ha temuto in quel valore cumulato i pericoli della prova testimoniale — Ove mai quei crediti quantunque riuniti in un medesimo creditore provenissero da persone diverse è chiaro che questo cumulo essendo puramente accidentale non può attribuirsi all'oscitanza del creditore, al disprezzo del consiglio che la legge gli dava di non cumulare i suoi crediti senza una prova scritta, e quindi non vi sarebbe ragione a precludergli la prova testimoniale. Così Primo è creditore di lire 600 di Secondo perchè ha venduto a lui un cavallo per lire 300 e perchè erede di Terzo creditore di Secondo di altre 300 lire mutuate. Questi due crediti domandati cumulativamente possono provarsi per testimoni, come lo potevano di fronte a ciascuno dei creditori in origine. Queste domande possono proporsi in giudizi successivi senza incontrare il divieto dell'articolo 1346, perchè provenienti da persone diverse sono incidentalmente riunite nella persona di un medesimo creditore.

398. Si è cennato ai tre casi di eccezione alla regola d'inammissibilità della prova testimoniale, cioè principio di prova per iscritto, impossibilità della prova scritta, perdita del documento di

prova scritta per caso fortuito impreveduto o derivante da forza maggiore.

Il principio di prova per iscritto risulta da qualunque scritto che provenga da colui contro il quale si propone la domanda o da quello che egli rappresenta, e che rende verosimile il fatto allegato (1). Rilevate le due condizioni costituenti il principio di prova per iscritto, cioè la provenienza da colui contro di cui si vuol far valere o dai suoi autori, e la verosimiglianza desunta da esso del fatto allegato, e scorgerete che in casi siffatti non si tratta di fare ma di completare la prova. La legge non aveva in casi siffatti ragionevole motivo di diffidare ancora della prova testimoniale.

In massima generale poi perchè *ad impossibilia nemo tenetur* è ragionevole che la prova testimoniale sia accordata al creditore per la prova di quelle obbligazioni per le quali non gli è stato possibile procurarsi una prova scritta. Così per tutte le obbligazioni che nascono da quasi-contratto, da delitto o quasi delitto la prova scritta è quasi impossibile, perchè il fatto da cui derivano è il fatto altrui che si compie senza la nostra volontà, e l'obbligazione è già surta quando il fatto è compiuto. Nei casi di incendio, rovina, tumulto, naufragio un oggetto che si salva si deposita in mano altrui: non è il momento di esigere un ricevo o un titolo di tal deposito necessario. Il viaggiatore che deposita nell'albergo la sua valigia, o la consegna al vetturale che lo conduce non può certamente fare nè un contratto scritto, nè farsi rilasciare un ricevo senza perdere il tempo proprio e quello degli altri.

La legge si fonda in questi casi sulla fede pubblica, sulla fiducia che deve ispirare la sventura nel primo caso e nel secondo l'esercizio di un mestiere sorvegliato dalle leggi di pubblica sicu-

(1) Le regole sopra stabilite soggiacciono ad eccezione, quando vi è un principio di prova per iscritto.

Questo principio di prova risulta da qualunque scritto che provenga da colui contro il quale si propongono la domanda, o da quello che egli rappresenta, e che renda verosimile il fatto allegato. Art. 1347.

rezza. È naturale che in casi siffatti il magistrato a cui è domandata la prova testimoniale prenda in considerazione la qualità delle persone e le circostanze del fatto per ammettere o rigettare la prova.

L'istessa ragione vale per quelle obbligazioni contratte in caso di accidenti impreveduti che non permettessero di fare atti scritti. Così in una città assediata presto ad un amico 1000 franchi e nel momento in cui egli si accinge a rilasciarmi un ricevo, una bomba scoppia nella casa in cui siamo: tutti fuggono, io resto senza il documento della obbligazione verso di me contratta. Il mio debitore al maturo la nega, non sarei abilitato a farne la prova per testimoni? La negativa sarebbe contraria al buon senso ed alla ragione (1).

La legge però nell'enumerare i casi di sopra contemplati non intende che siano i soli pei quali è lecito declinare dalla inammissibilità della prova testimoniale. Sono esempi che la legge adduce e lascia l'applicazione ai casi simili per il principio: *ubi eadem est legis ratio ibi eadem dispositio*.

In fine lo smarrimento del documento che costituiva la prova scritta in conseguenza di un caso fortuito impreveduto e derivante da forza maggiore, equivale in fondo all'impossibilità di costituire la

(1) Le dette regole soggiacciono anche ad eccezione, ogniquale volta non è stato possibile al creditore di procurarsi una prova scritta dell'obbligazione contratta verso di lui, ovvero il creditore ha perduto il documento che gli serviva di prova per iscritto in conseguenza di un caso fortuito impreveduto e derivante da forza maggiore.

Il primo caso si verifica:

1.° Nelle obbligazioni che nascono dai quasi contratti, dai delitti o quasi-delitti;

2.° Nei depositi necessari fatti in caso d'incendio, rovina, tumulto o naufragio, ed in quelli fatti dai viaggiatori negli alberghi dove alloggiano, od ai vetturini che li conducono, e tutto ciò secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto;

3.° Nelle obbligazioni contratte in caso d'accidenti impreveduti che non permettessero di fare atti per iscritto. Art. 1348.

53 — V. 3.° — Calc. Cod.

prova scritta. Ma in questi casi la prova testimoniale deve provare l'esistenza del titolo e la causa della perdita, cioè il caso fortuito impreveduto e derivante da forza maggiore.

SEZIONE III.

delle presunzioni

399. Le fonti delle umane cognizioni sono l'osservazione e l'induzione nel mondo sensibile — la intuizione e la deduzione nel mondo intelligibile. Tutto ciò che cade sotto i sensi si apprende con l'osservazione e costituisce l'evidenza fisica: tutto ciò che non cade sotto i sensi, o è rivelato dall'intuizione e costituisce l'evidenza assoluta, o è dedotto da un noto preesistente e darà nell'effetto la certezza o incertezza morale. La certezza morale si ha quando o il dedotto è l'effetto necessario di una causa, o quando di più cause possibili, escluse le altre, ne resta una come causa vera dell'effetto determinato. L'incertezza si avrà quando non essendo impossibile col processo esclusivo delle varie cause giungere alla affermazione di una sola, resta dubbio da qual causa derivi l'effetto determinato.

Provare non è altro che far conoscere agli altri ciò che noi conosciamo: i mezzi di prova sono i mezzi stessi di cognizione. L'organismo delle prove giuridiche è un continuo avvicendamento di osservazione e di induzione dal noto all'ignoto.

Un fatto fisico visibile è subito provato con l'osservazione. Un albero è abbattuto un uomo è morto. Ad ottenere questo vero sensibile basta l'osservazione.

L'intuizione ci rivela il vero assoluto: non vi è effetto senza causa. Quell'albero abbattuto, quell'uomo morto è un effetto, dunque deve avere una causa.

L'effetto è noto, si deve indagare la causa: è la induzione che deve menarci allo scoprimento della causa ignota. Quell'uomo è morto. Molte possono essere le cause: il veleno, la ferita, un fatto naturale. Il veleno è escluso dalla analisi chimica negativa. La ferita è esclusa dalla inesistenza di lesioni esterne, dunque la terza causa possibile

è la vera: donde, la certezza morale, quell' uomo è morto naturalmente. Se la esistenza di ferite mortali esclude la morte naturale e la morte per veleno, si avrà per certezza morale quell' uomo è morto ucciso. Da questo noto si deve ancora passare all' ignoto, cioè allo scovimento dell' assassino. Questo ignoto sorgerà o dalla testimonianza o dalla presunzione.

La testimonianza essa stessa non è che un continuo lavoro d' induzione. Tre testimoni han veduto Primo uccidere quell' uomo. Essi hanno la scienza dell' assassinio, e quella scienza che costituisce per loro la certezza fisica, deve produrre nell' animo dei giurati la certezza morale che dichiara Primo omicida. Qual processo logico produce questa certezza morale nell' animo dei giurati? È sempre la induzione dal noto all' ignoto. Il noto è la dichiarazione dei testi; tra la loro narrazione ed il vero vi è un vuoto da colmare. Quei testi possono deporre l' uccisione di quell' uomo o perchè lo han veduto, o perchè si sono ingannati o perchè vogliono ingannare. La induzione lavora per esclusione. I testi son forniti di sensi che funzionano sempre, essi erano a portata di vedero ciò che dicono di aver veduto, dunque non si sono ingannati. Ecco esclusa una delle cause possibili della loro testimonianza. I testi son persone di comprovata morale, indipendenza ed indifferenza, incapaci e non interessati a mentire, quindi non possono nè vogliono ingannare. Esclusa la seconda causa possibile resta la terza, cioè: quella testimonianza è effetto della scienza, che è il prodotto dell' osservazione. L' omicidio da loro attribuito a Primo è una certezza morale. La certezza è la negazione del dubbio. Il dubbio si nega perchè si ritiene che chi può vedere ha veduto, chi poteva ingannarsi non si è ingannato, che chi può ingannare non ha ingannato. Ma chi assicura la negazione di questo dubbio? Una presunzione, cioè una conseguenza dedotta da un fatto noto ritenuto dalla legge o dal buon senso come causa di un effetto determinato (1). Si

(1) Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto. Art. 1349.

presume che l'uomo che può vedere ha veduto, si presume che l'uomo accorto non s'inganni, si presume che l'uomo onesto ed indifferente non inganni. La esistenza ed integrità dei sensi, l'accortezza, l'onestà e l'indifferenza sono fatti noti a cui il buon senso, la ragione attribuiscono l'effetto di vedere, di non ingannarsi, di non ingannare, donde l'ignoto dedotto, che a sua volta divien vero, cioè ha veduto, non si è ingannato, non inganna.

Ciò però non esclude la possibilità del contrario, e quindi il vero che ne risulta non è la **evidenza**, non è la **certezza** matematica, ma il **vero morale**.

400. Questo vero morale non è ne' più nè meno che un convincimento risultato da un processo logico, e quindi possibilmente passibile di errore, di inganno o prodotto di leggerezza e precipitanza. La legge non lascia questo lato scoperto, e per assicurare per quanto è possibile la vita e gl'interessi sociali da un lato, e dall'altro per non lasciare sempre aperto il dubbio e l'incertezza giuridica, ha essa stessa attribuito a certi atti o a certi fatti la forza di produrre determinate conseguenze che debbonsi ritenere come verità. Ha lasciato poi altri fatti ed atti alla prudenza e savia valutazione dei magistrati, inculcando di valutarli con accortezza ed accoglierne i dedotti con riserbatezza, e quando sian gravi, precisi e concordanti attribuir loro forza probante in quei soli casi ove la prova testimoniale è possibile (1).

401. Le presunzioni essendo la conseguenza che la legge o il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto sono legali, ossia stabilite dalla legge, presunzioni **juris**; o dottrinali, ossia non stabilite dalla legge ma lasciate alla prudenza del giudice, presunzioni **semplici**.

(1) Le presunzioni che non sono stabilite dalla legge, sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti, e solamente ne' casi in cui la legge ammette la prova testimoniale. Art. 1354.

402. La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a certi atti o a certi fatti. Tali sono:

1.° Gli atti che la legge dichiara nulli per la loro qualità come fatti in frode delle sue disposizioni.

Tizio per donare a Caio incapace dona a Mevio di cui Caio è unico erede: ciò vuole dire che dona allo incapace per la persona interposta. La legge annulla la donazione perchè la presume fatta in frode delle sue disposizioni. La presunzione di frode è attribuita alla donazione fatta ad interposta persona.

2.° I casi nei quali la legge dichiara che la proprietà o la liberazione risulta da alcune determinate circostanze.

Le grondaie che sporgono dal vostro lato indicano che il muro divisorio è vostro. La legge attribuisce a voi la proprietà sulla presunzione attaccata al piovente. Il possesso in cui siete del titolo autentico in forma esecutiva del mutuo contratto con Mevio vi libera dal pagamento, perchè la legge attacca la presunzione di pagamento al possesso del titolo esecutivo.

3.° L'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata. Si è giudicato che la proprietà del fondo Tusculano è vostra. Questa proprietà vi è irrecusabilmente devoluta perchè la legge attribuisce al giudicato la presunzione di verità (1).

403. Queste presunzioni legali alcune ammettono prove in contrario, altre no. Le prime nella scuola e nel foro si chiamano pre-

(1) La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a certi atti o a certi fatti. Tali sono:

1.° Gli atti che la legge dichiara nulli per la loro qualità, come fatti in frode delle sue disposizioni;

2.° I casi nei quali la legge dichiara che la proprietà o la liberazione risulta da alcune determinate circostanze;

3.° L'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata. Articolo 1350.

sunzioni **juris tantum**, le seconde si dicono **juris et de jure**. Così contro la cosa giudicata non si ammette prova in contrario, contro la presunzione di pagamento desunta dal possesso del titolo esecutivo si ammette la prova. Or che cosa è una presunzione che non ammette prova in contrario? È una verità giuridica; dunque non è una presunzione. Inesatta dunque è la distinzione delle presunzioni in **juris** e **juris et de jure**. Essa però è generalmente ritenuta e nelle scuole e nel foro.

In generale la presunzione legale dispensa da qualunque prova quello a cui favore essa ha luogo (1).

Ma quando è ammessa contro di essa la prova contraria, quando non è ammessa?

Vi sono delle presunzioni legali sul fondamento delle quali la legge annulla certi atti o nega l'azione in giudizio. Contro queste presunzioni non si ammette prova in contrario, salvo nei casi in cui la legge l'abbia espressamente riserbata (2). Dunque per presunzioni siffatte l'inammissibilità è per regola, l'ammissibilità è per eccezione. Così la legge sul fondamento della presunzione di frode attaccata alla donazione fatta ad interposta persona annulla la donazione fatta al coniuge, al figlio, al genitore dell'incapace. Contro questa presunzione non vi è ammessa prova in contrario poichè la legge non l'ha espressamente riserbata. Ed in generale non troverete alcun caso in cui la legge fa riserva di prove contro la presunzione sul fondamento della quale annulla atti o nega azione in giudizio.

Le presunzioni sulle quali la legge non annulla atti nè nega a-

(1) La presunzione legale dispensa da qualunque prova quello a cui favore essa ha luogo. Art. 1352.

(2) Non è ammessa veruna prova contro la presunzione legale, quando sul fondamento di essa si annullano certi atti o si nega l'azione in giudizio, salvo che la legge abbia riservata la prova in contrario. Art. 1353.

zione in giudizio subiscono ordinariamente la prova in contrario e formano la categoria delle presunzioni juris.

404. Tra le presunzioni juris et de jure vi è la cosa giudicata. Per essa si costituisce il primo vero giuridico: *res judicata pro veritate habetur*, sacro principio ritenuto da tutte le legislazioni come sacro palladio della sicurezza sociale. Se il dubbio non avesse fine una volta, se non potesse mai ribadirsi la lite, la guerra giuridica sarebbe eterna, mal sicura ed incerta la proprietà, irrequieta, agitata la civil comunanza. Si ricerchi il vero con tutti i mezzi possibili, ma quando tutti i mezzi forniti dalla legge sono esauriti e la legge per ministero del magistrato ha definitivamente deciso, il pronunziato è la verità: *res judicata pro veritate habetur*.

Però se il giudicato è la verità questa deve risultare da tutti quegli elementi che son mezzo ad ottenerla se non realmente, almeno per quanto è possibile nella limitata cerchia della potenza umana.

Gli elementi della cosa giudicata son tre:

Identità di oggetto e di cosa;

Identità di causa;

Identità di persone e di qualità.

Evvi identità di oggetto e di cosa quando si domanda presso un giudice ciò che altra volta fu domandato o presso il medesimo o presso altro giudice, sia che la cosa abbia avuto aumento o diminuzione, sia che si domandi il tutto, o la parte. Variate le frasi a volontà, quando in sostanza si ritorna sulla cosa, sull' oggetto altra volta conteso, ci sarà identità di cosa, e su tal rapporto vi sarà l'ostacolo della cosa giudicata.

Vi è identità di causa quando la ragione che sostiene la seconda domanda è la stessa che sosteneva la prima. Evvi identità di persona e di qualità quando i termini subiettivi di una seconda domanda sono gli stessi di quelli della prima ed agenti nella medesima qualità. Sono considerati come una medesima persona il defunto ed il suo erede, il marito e la moglie per l' azione di costei nei casi in cui la legge accorda al marito la facoltà di esercitarla, il tutore ed il minore o l'interdetto ed in generale nelle azioni reali si considerano

come una medesima persona l'autore ed il suo successore a titolo particolare nella cosa che fu obbietto del giudicato (1).

Enunciati così i principii regolatori tutte le quistioni saranno di facile soluzione. E ve ne sono di troppo; trattarle è fuori del nostro proposito. C' intratterremo invece a vedere donde risulta la cosa giudicata e quale sia il suo effetto.

La cosa giudicata si ha quando si è pronunziata una sentenza contro la quale non è più ammesso alcun gravame. I gravami contro una sentenza sono di due specie ordinari e straordinari. Ordinari sono l' opposizione e l' appello, straordinari sono la rinvocazione, l' opposizione del terzo, il ricorso per cassazione.

Le sentenze sono di tre specie preparatorie, interlocutorie, definitive. Preparatorie sono le sentenze che riguardano i meri atti ordinatori del giudizio diretti a mettere la causa nello stato di essere definitivamente decisa. Esse non legano il giudice, che può sempre rinvocarle o modificarle, essendo dirette ad illuminare la sua coscienza e preparargli i dati necessari per giudicare. Esse non contengono alcun vero, non pronunziano sul merito della contestazione, quindi non può desumersi da esse l' autorità della cosa giudicata.

Interlocutorie sono le sentenze profferite avanti la definitiva per ordinare una prova, una verificaione, una perizia od un atto qualunque che sia relativo al merito della causa e che potrebbe essergli di pregiudizio.

Definitive son quelle che decidono della controversia. Esse sono o contumaciali o contraddittorie. Le contumaciali si attaccano con opposizione presso l' istesso giudice, con appello presso il giudice superiore, le contraddittorie si attaccano con appello al giudice superiore. Scorsi i termini di opposizione o di appello le sentenze divengono

(1) L' autorità della cosa giudicata non ha luogo, se non relativamente a ciò che ha formato il soggetto della sentenza. È necessario che la cosa domandata sia la stessa; che la domanda sia fondata sulla medesima causa; che la domanda sia tra le medesime parti, e proposta da esse e contro di esse nelle medesime qualità. Art. 1351.

giudicato. Pronunziate dal giudice di appello non vi è più rimedio ordinario contro di esse e divengono giudicato. Ogni sentenza è appellabile, val dire ogni controversia subisce un doppio esame presso giudici diversi, quindi ogni causa subisce un doppio grado di giurisdizione. Quando due magistrati diversi hanno esaminato una controversia, quando le parti hanno liberamente svolto i loro mezzi di difesa, nulla resta a fare di più: non vi è altra via ch'eternare la lite, o troncarla sull'ultimo pronunziato a cui si attribuisce la presunzione di verità. L'ordine sociale non poteva tutelarsi che col sistema adottato di definire la lite col giudicato. Oltre ai rimedi ordinari vi sono gli straordinari cioè la revocazione, l'opposizione del terzo, il ricorso per cassazione. Questi rimedi non ostano alla cosa giudicata finchè la sentenza che la sostiene sussiste, e la sentenza sussiste finchè non sarà ritrattata, modificata o annullata con la definitiva in grado di opposizione, revocazione o ricorso. Così la cosa giudicata si rafforza o si perde con la definitiva pronunziata sul gravame straordinario.

L'effetto della cosa giudicata è quello di produrre un'azione o una eccezione. Produce un'azione in favore di colui che l'ha ottenuta, in quanto che egli ha diritto di ottenere coi mezzi esecutivi l'oggetto del giudizio. Questa azione è l'azione del giudicato **actio iudicati**. Produce un'eccezione a favore di chi l'ha ottenuta per respingere ogni domanda formata contro di lui per il medesimo oggetto e per la medesima causa, e questa è l'eccezione del giudicato: **exceptio rei iudicatae**.

405. Le presunzioni che non sono stabilite dalla legge sono lasciate al prudente arbitrio del magistrato, cui la legge non impone altro criterio che quello di ammettere soltanto le gravi, precise o concordanti. **Gravi**, cioè tali che impongano su di un animo ragionevole e sodo; **precise**, cioè che siano direttamente relative alla cosa che vuol provarsi e non vaghe di modo che possa trarsi da esse qualunque deduzione si voglia; **concordanti**, cioè tutte coincidenti ed armonizzanti, cosicchè l'una non distrugga l'altra.

Ma comunque siano gravi, precise e concordanti queste presunzioni esse non possono supplire altra prova che la testimonia-

le, imperocchè in contraria ipotesi si eluderebbe la legge che impone la prova scritta per tutti i valori che superano le lire 500.

SEZIONE IV.

della confessione delle parti

406. La confessione è la dichiarazione della parte interessata, che riconosce positivamente un fatto come provato rispetto a lei. La confessione è la regina delle prove in quanto che essa dispensa l'avversario da ogni altra prova. La scuola la chiama **probatio probatissima**. Essa è figlia dell'ingenuità, della buona fede e dell'onore.

La confessione è giudiziale o stragiudiziale. Art. 1355.

La confessione giudiziale è la dichiarazione che la parte o il suo procuratore speciale fa dinanzi un giudice ancorchè incompetente. Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta. Art. 1356.

Questo articolo ha origine nell'antichissima regola del diritto romano sempre costante e vittoriosa nel tempo e nello spazio, *in jure confessus pro iudicato est*.

Esattamente si è scorto nella confessione giudiziale un elemento logico ed un elemento convenzionale.

La confessione è una prova piena contro colui che l'ha fatta. Colui che sottoscrive un atto autentico dichiara l'esistenza di una obbligazione a suo carico, e quell'atto autentico prova inesorabilmente la obbligazione sino all'accusa di falso. Colui che confessa in giudizio la sua obbligazione non fa di meno che dichiarare la esistenza della sua obbligazione, e quindi costituisce la prova piena dell'esistenza di essa. Tutto ciò è un fatto logico come quello della testimonianza consacrata in un atto autentico.

Ma oltre a questa costituzione di prova, chi confessa fa ancora di più, dispensa l'attore dal carico di ulteriore prova. Egli con ciò contrae in quanto che conferisce all'attore un diritto, cioè quello di aver per provata la domanda che aveva debito di provare. La confessione del convenuto esime l'attore dall'**onus probandi**. In ciò è l'elemento convenzionale.

Considerata sotto l'elemento convenzionale la confessione obbliga chi la fa: può farla chi può obbligarsi: è valida quando è libera e coscienziosa, e fatta nell'interesse altrui deve essere fatta da colui che ha facoltà di assumere obbligazioni per conto altrui (1).

Come convenzione non può ritrattarsi sotto pretesto di errore di diritto, ma può rinvocarsi per errore di fatto.

È un'antica regola di diritto *non fatetur qui errat*. L'errore di fatto esclude la volontà, annulla qualunque convenzione quando cade sulla sostanza di essa. La dottrina vuole anche rescindibile la confessione fatta per frode della legge.

È risaputo poi che l'errore di diritto produce la nullità del contratto solo quando n'è la causa principale. (Art. 1109) È il principio razionale che non consente obbligazione possibile senza consenso, nè consenso senza volontà, nè volontà senza coscienza della cosa voluta. Ma trattandosi di confessione giudiziale il principio di utilità e di convenienza sociale ha dettato la necessità di un'eccezione al principio razionale. In fatti la confessione, i giudizi, le transazioni hanno per scopo di finire le quistioni anziché moltiplicarle.

Rivocare una confessione per errore di diritto vale attaccare quistioni di risoluzione ancor più difficile delle prime. Infatti come pro-

(1) Per produrre i suoi effetti la confessione deve essere fatta da persone capaci di obbligarsi.

La confessione di tutori ed amministratori non pregiudica agli amministratori, se non quando sia fatta nei casi e modi per cui essi possono obbligare gli amministratori medesimi. Art. 1361.

vare che la confessione sia l'effetto dell'errore di diritto anziché l'effetto della volontà? Come si proverà che il debito prescritto fu pagato per errore di diritto anziché per volontà di adempiere un dovere di coscienza? Si è d'altronde in un caso ben difficile a potersi ritenere l'errore di diritto in una confessione, poichè le consultazioni, le pratiche che sogliono precedere ed accompagnare i giudizi rendono assai improbabile tale errore ed in ogni modo inescusabile. Ben a ragione quindi la legge dichiara che la confessione non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di diritto.

407. La confessione può essere semplice e complessa. La confessione semplice si ha quando si riconosce puramente e semplicemente il fatto allegato. È complessa quando non presenta il riconoscimento puro e semplice del fatto allegato, ma lo fa seguire d'altri fatti che ne modificano, ne alterano o ne distruggono le conseguenze.

408. Data la confessione complessa chi vuol servirsi di essa deve accettarla per intero o può scinderla e prendervi quanto gli giova? In altri termini la confessione può scindersi?

Questa quistione va risolta con una distinzione. I fatti allegati in aggiunta di quello che forma l'oggetto della confessione o hanno con questo una intima e naturale connessione, ed allora la confessione deve prendersi tutta intera, e non può scindersi. Movio confessa di aver ricevuto da Tizio 100 lire a mutuo, ma confessa eziandio di averle restituite. Egli non può restar convinto di aver ricevuto le 100 lire ed essere obbligato a provare di averle restituite, la ricezione e la restituzione son fatti che hanno tra loro tal connessione da non potersi affatto scindere. Tizio deve accettare per intero questa confessione o abbandonarla affatto e provare altrimenti la sua domanda. Ma quando i fatti aggiunti non hanno questa intima e naturale connessione con l'oggetto della confessione, la controparte può benissimo avvalersi della confessione sul fatto principale, e mettere a carico del dichiarante la prova dei fatti aggiunti. Così, se Caio confessa di aver ricevuto le Lire 100 a mutuo ma asserisce di essere a sua volta creditore di altrettanto per aver venduto a Tizio un fucile, questi può bene avvalersi della confessione per far risultare provata la sua domanda, e lasciare a Tizio la prova che riguarda la vendita del

fucile. E ciò è ben naturale. Il dichiarante non può costituire a sè stesso una prova del suo diritto in occasione di una obbligazione che si domanda da lui. Egli a sua volta potrebbe giovare della confessione del suo debitore quando si facesse a domandare contro di lui il prezzo del fucile vendutogli. Il mutuo e la vendita son due azioni distinte, due oggetti diversi, due procedure che non possono confondersi.

Concludiamo così che :

La confessione giudiziale o stragiudiziale non può essere divisa in danno di chi l'ha fatta.

Non può rivocarsi, quando non si provi ch'essa fu la conseguenza di un errore di fatto.

Non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di diritto. Art. 1360.

409. La confessione stragiudiziale si può fare alla parte o a chi la rappresenta e può farsi ad un terzo. Confessare in giudizio o fuori giudizio alla parte o al suo rappresentante o al terzo vale sempre riconoscere la verità e proclamarla come è debito di ogni uomo onesto. Non vi è ragione per dare all'una più forza probante dell'altra. È razionale il legislatore quando pareggia la giudiziale alla stragiudiziale quanto alla indivisibilità, alla revocazione o ritrattazione; ma non è così quanto all'effetto probante, dato pieno alla confessione giudiziale e alla stragiudiziale fatta alla parte o a chi la rappresenta, e negato in tal misura e concesso solo con la forza di semplice indizio, alla stragiudiziale fatta ad un terzo (1). Questa disposizione è desunta dai codici Estense e Parmense e non ha riscontro nè nel codice di Francia,

(1) La confessione stragiudiziale è quella che si fa fuori di giudizio. Art. 1357.

Se la confessione stragiudiziale è fatta alla parte o a chi la rappresenta, forma una piena prova.

Se è fatta ad un terzo, non può somministrare che un semplice indizio. Art. 1358.

nè in altro vigente in Italia prima della unificazione. **Pisanelli** la giustifica colla esperienza che la indicazione come sovente fatta per vantar credito presso un terzo, o per ottenerne da quello con cui si vuol contrattare, è il mezzo ordinario dei cavalieri d'industria, in altri termini è la via della frode. Non disconviene poi il dotto autore del progetto che quando la confessione stragiudiziale è fatta al terzo riveste tali circostanze, che valgono ad attribuirle il valore di una prova, che la legge lascia al giudice di apprezzare.

Va poi ben inteso che:

La confessione stragiudiziale non può provarsi per testimoni, qualora si tratti di domanda per cui la legge non ammette la prova testimoniale. Art. 1359.

sarebbe altrimenti eludere il divieto della prova per testimoni.

SEZIONE V.

del giuramento

410. Il giuramento è l'invocazione di Dio a testimone della verità dei propri detti. Esso è l'ancora di salvezza nella teoria delle prove. La presunzione di verità si attacca alla dichiarazione giurata, imperocchè innanzi a Dio non vi è che la verità.

Tutti i codici ammettono questo genere di prova, ma nel dominio della scienza è molto conteso. Si vorrebbe bandire ogni giuramento. Omaggio profondo alla natura umana! L'uomo è il finito che cerca ricongiungersi con l'infinito. L'infinito è la Verità, la parola dell'uomo non può essere che la parola della verità. Se l'uomo sente la dignità del suo essere, il giuramento è ozioso, è un insulto alla umanità bene intesa; se l'uomo non sente la sua dignità il giuramento non lo arresta dallo spergiuro, è una derisione. Nulla di più vero: ma il diritto positivo guarda l'uomo qual'è.

Nello stato attuale della società il giuramento conserva ancora una grande importanza, l'opinione pubblica colpisce d'infamia chi giura il falso, non così chi si limita a semplicemente allegarlo. Queste considerazioni del **Pisanelli** mantennero nel codice il giuramento come fonte di prova.

La sua formola è un simbolo della invocazione di Dio: la mano ferma sugli evangeli, con la parola **lo giuro**. La sua **sostanza** è la dichiarazione prestata. Sostenuto dal sentimento religioso non potrebbe esigersi da colui che appartenesse ad una credenza che per avventura proibisse il giuramento. Però come non vi può essere uomo senza una religione, nè una religione che sconosca la coscienza e l'onore, niuno, a qualunque credenza appartenga, può essere dispensato dal giuramento in questa suprema espressione. Chi crede un Dio deve invocarlo a testimone dei suoi detti, ma questa invocazione può farsi sotto qualunque forma simbolica.

Il codice italiano si rapporta alla religione italiana, cioè alla Cattolica, Apostolica, Romana che è la sola religione dello stato: ma come tutti i culti son tollerati, chi è chiamato a giurare giura legalmente nella forma consentita dalla sua credenza. Tutto sta che l'uomo si rapporti alla presenza di Dio o della idea che costituisce la sua religione, e prometta di dire la verità, solo linguaggio possibile innanzi alla idea religiosa, che si chiama Dio, anima, coscienza od onore, e perchè questo rapporto di presenza tra l'uomo ed il suo Dio si compia e la dichiarazione si faccia sotto l'impressione di questa idea religiosa:

Il giuramento deve sempre prestarsi personalmente e non per mezzo di procuratore. Art. 1362.

La legge ammette il giuramento o come prova assoluta e decisiva della causa, o come complemento di prova. È nota la massima *onus probandi incumbit actori*. Ma l'attore può dispensarsi da quest'onere deferendosi alla coscienza del convenuto per far dipendere la decisione della causa dalla sua dichiarazione giurata. Questo giu-

ramento dicesi **decisorio**. Indipendentemente dalle parti il magistrato può deferire ad una di esse il giuramento, e questo dicesi **suppletorio** in quantochè non decide la causa ma supplisce, corrobora, completa la prova (3).

411. L' indole del giuramento decisorio è una transazione. Una parte si rimette alla coscienza dell'altra per definire la lite. Nessuna istituzione giuridica è imponente e sublime quanto questa. Il suo organismo è tale che ad ogni piè sospinto della sua procedura si generano diritti e nascono obbligazioni. Diremo — chi può deferirlo ed a chi — per quale causa, quando e — come — quali diritti e doveri nascono dall'atto che deferisce il giuramento per colui a cui è deferito — qual'è l'effetto del giuramento prestato.

412. Il giuramento è una transazione. L'attore ha il carico della prova; la legge non ricerca se egli può o non può fornirla, e gli dà il diritto di scaricarsi da questa obbligazione a condizione di rimettersi alla onestà del convenuto, e far dipendere dalla dichiarazione giurata di lui la decisione della causa. L'attore che deferisce il giuramento accetta da parte sua la condizione a cui la legge lo sottopone, ed acquista il diritto di esigere dal suo avversario la dichiarazione giurata, il rifiuto o la rversione del giuramento. Fiu qui è la legge che detta condizioni all'esercizio di un diritto, perchè le parti sappiano le conseguenze dei propri fatti.

(1) Il giuramento è di due specie:

1.º Quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione della controversia, e chiamasi decisorio;

2.º Quello che dal giudice viene deferito d'ufficio all'una o all'altra parte. Art. 1363.

Deferire un giuramento importa perdere ed acquistare diritti, importa proporre una transazione, un contratto giuridico, dunque si richiedono tutti gli elementi costitutivi del contratto, cioè: capacità — consenso valido — oggetto determinato e commerciabile — causa lecita — Non può quindi deferire un giuramento chi non è capace di consentire una transazione, chi non è capace di alienare l'oggetto controverso. La quistione di sapere da chi ed a chi può deferirsi il giuramento e per quale causa, va risolta col criterio della alienabilità subbiettiva ed obbiettiva della cosa controversa. Non è possibile dedurre in giudizio un diritto, e pervenire allo stadio processuale della prova del diritto preteso, e quindi far quistione di giuramento, se non si suppone dedotto un oggetto alienabile subbiettivamente ed obbiettivamente. Data l'ipotesi contraria la quistione d'inammissibilità, e come nel linguaggio forense dicesi, il **fine di non ricevere**, elimina il giudizio senza discendersi alla quistione di prova. Ecco perchè il codice, che riguarda il giuramento come mezzo di prova, non si occupa delle quistioni di capacità subbiettiva ed obbiettiva, che suppone assodate già nelle controversie civili quando può farsi quistione di giuramento, ed enuncia in massima che *il giuramento decisivo può esser deferito in qualunque specie di controversia civile*. Però come nei giudizi regolarmente introdotti e nei rapporti di capacità subbiettiva ed obbiettiva possono sorgere incidenti e deduzioni che in rapporto alla prova s'incontrerebbero nella inammissibilità del giuramento, al principio generale *il giuramento decisivo può esser deferito in qualunque specie di controversia civile*, fa seguire l'eccezione *non si può deferire sopra un fatto delittuoso*, perchè il delitto non è commerciabile, non può essere oggetto di transazione — *né sopra una convenzione per la di cui validità la legge esige un atto scritto*, perchè in tal caso *frusta probatur quod probatur non relevat*, e provare una convenzione nulla nella sua costituzione, sarebbe provare il nulla. *Ne' per impugnare un fatto che un atto pubblico attesti seguito nell'atto stesso avanti l'uffiziale pubblico che lo ha ricevuto*, perchè avendo tali fatti acquistato in forza dell'autenticità dell'atto la qualifica di veri giuridici non impugnabili altri-

menti che colla iscrizione in falso, invano si cercherebbe provare contro la verità (1).

Scopo del giuramento è quello d'attribuire la verità giuridica alla dichiarazione giurata. Or nessuno può essere richiesto a giurare un fatto o indeterminato o che non sia a lui personale. Però il fatto altrui può essere a conoscenza di un terzo, ed in tal caso non il fatto in sè, ma la scienza di esso è un fatto personale a chi la possiede. È razionale adunque che il giuramento:

Non può essere deferito che sopra un fatto specifico proprio di colui al quale si deferisce, ovvero sulla semplice notizia d'un fatto. Articolo. 1365.

Egli è perciò che colui che deferisce il giuramento deve proporre la formola, perchè da essa possa rilevarsi se la richiesta è conforme al diritto, cioè se il fatto sia specificato e personale.

Dicemmo che la legge non chiede conto a colui che deferisce il giuramento se abbia o no come fare la prova del suo assunto. Trattandosi di transigere la lite, la transazione può proporsi in qualunque stato di causa dal libello alla chiusura della istruzione che precede la pronunziazione della sentenza che costituisce il giudicato (2).

Si è dubitato se il giuramento decisorio possa essere deferito in linea subordinata ossia sussidiariamente. Considerato come transazione della lite il giuramento deve essere deferito in modo assoluto, co-

(1) Il giuramento decisorio può essere deferito in qualunque specie di controversia civile.

Non si può deferire sopra un fatto delittuoso, nè sopra una convenzione per la cui validità la legge esiga un atto scritto, nè per impugnare un fatto che un atto pubblico attesti seguito nell'atto stesso avanti l'uffiziale pubblico che l'ha ricevuto. Art. 1364.

(2). Può deferirsi in qualunque stato si trovi la causa, ed anche quando non vi sia alcun principio di prova della domanda o dell'eccezione sulla quale si deferisce il giuramento. Art. 1366.

sicchè da esso dipenda la decisione della causa. Quando l'assunto compreso nella formola del giuramento sarebbe sostenuto od anche appoggiato da una prova contraria già raccolta nella istruzione della causa non potrebbe essere accolto. **Primo** conviene **Secondo** al pagamento di 500 lire improntategli: **Secondo** nega: **Primo** è nel suo diritto di provare il suo assunto o rimettersi alla coscienza di **Secondo** deferendogli il giuramento decisorio. Egli sceglie la prova ed il risultato non è per lui felice. **Secondo** fa la contro prova in cui dimostra che **Primo** non ha potuto imprestargli le lire 500. Espletata questa prova **Primo** deferisce il giuramento decisorio; egli più nol potrebbe imperocchè ogni discussione di parti ed esame del giudice è esaurita, e nulla vi è più da transigere tra lui e **Secondo**. Se l'assunto del mio avversario, dice il **Pescatore**, oltre all'essere sprovveduto di ogni amminicolo favorevole si trovi già combattuto da una prova od anche solo da un principio di prova in contrario, il giudice avrà la facoltà di rigettare anche il giuramento decisorio deferitomi in forma di decisione.

Nei giudizi ove le parti non possono comparire che per ministero di procuratore, il giuramento deve proporsi con atto di parte o con comparsa sottoscritta dalla parte, o in seguito di mandato speciale. Un'ordinanza o una sentenza secondo le vario procedure, che non è qui luogo di esaminare, ammette il giuramento formulato, stabilisce il giorno, il luogo, il modo di prestarlo. L'ordinanza è notificata personalmente a colui che devo prestarlo.

413. Da questo momento il convenuto è posto dalla legge nella condizione di **accettare o rifiutare o riferire** il giuramento.

a. Se accetta dichiarando di esser pronto a giurare egli consente alla transazione offertagli, vi è così l'accordo di due persone per sciogliere fra loro il vincolo giuridico costituito dalla lite, cioè farne dipendere la decisione dalla dichiarazione giurata del convenuto. Il contratto è perfetto, non resta che eseguirlo. Colui a cui fu deferito il giuramento aveva tre posizioni da scegliere: accettare, rifiutare, riferire. Scelta quella di accettare non può declinarla, egli giura e la controversia finirà o pro o contro di lui, secondochè la sua dichiarazione sarà affermativa o negativa. Se non giura si ritiene l'affer-

mativa ed il convenuto soccombe. L'alternativa di riferire è preclusa dall'accettazione (1).

b. Se non accetta, resta l'alternativa del rifiuto o del riferimento. Il rifiuto del giuramento **legalmente** deferito è soccombenza. Diciamo legalmente deferito perché rifiutare un giuramento deferito da chi non ha diritto o capacità di deferirlo, o non vi concorra la condizione di specificazione o personalità o alienabilità dell'oggetto, non sarebbe accettazione presunta della formola, e quindi soccombenza, ma sollevarebbe la quistione di ammissibilità o meno del giuramento, che sarebbe risolta con la sentenza che ordina o rigetta la prestazione. Il giuramento ammesso è il giuramento legalmente deferito, il di cui rifiuto produce soccombenza.

c. Delle tre posizioni dalla legge imposte a colui cui si deferisce il giuramento, può ottarsi pel deferimento all'avversario. Il convenuto ritorce la posizione: ricusa la facoltà offertagli di rendersi padrone della causa e la conferisce al suo avversario, purché il fatto sia anche a lui personale (2). Per costui non vi è scampo, o giura e la causa sarà decisa sulla sua dichiarazione giurata, o rifiuta e soccombe (3).

414. Il contratto giuridico è perfetto dal momento dell'accettazione. Ma la prestazione del giuramento può essere dispensata da colui che l'ha deferito o riferito, però il giuramento dispensato si ha come prestato nel senso favorevole a colui che doveva prestarlo (4). La

(1). La parte a cui è stato deferito il giuramento, non può riferirlo dopo che ha dichiarato di essere pronta a giurare. Art. 1368.

(2) Il giuramento non può riferirsi quando il fatto che ne è l'oggetto, non è comune ad ambedue le parti ma soltanto proprio di quella a cui fu deferito. Art. 1369.

(3) Quegli a cui è deferito il giuramento, se ricusa di prestarlo o non lo riferisce all'avversario, soccombe nella domanda o nell'eccezione, e parimente soccombe l'avversario se ricusa di prestare il giuramento che gli fu riferito. Art. 1367.

(4) Chi ha deferito o riferito il giuramento, può dispensare il suo avversario che si dichiarò pronto a giurare, dal prestarlo; ma il giuramento si ha come prestato. Art. 1371.

legge prevede in questi casi o una inutile invocazione di Dio nei negozi umani, o il risparmio di uno spergiuro. Questa dispensa produce sempre la soccombenza di chi la fa.

415. Il giuramento deferito può esser revocato prima di perfezionarsi il contratto giuridico, cioè prima che il contrario abbia dichiarato di accettarlo o di riferirlo, o sino a che non sia intervenuta sentenza irrevocabile sull'ammissione del medesimo, ovvero anche dopo la sentenza quando questa avesse variata la formola proposta, purchè con atto posteriore alla sentenza non abbia fatta acquiescenza alla forma variata (1).

416. Ad ogni modo, prestato il giuramento, la dichiarazione giurata *pro veritate habetur*. Si quistiona nella scienza se prestato il giuramento decisorio la controparte può essere ammessa a provarne la falsità o prevalersi della falsità che venisse stabilita in un giudizio penale. Si dice: il giuramento decisorio (**Pisanelli**) involve una transazione fra le parti, la quale diviene efficace con la prestazione del medesimo. Già le istituzioni di **Giustiniano** proclamavano *non illud quaeritur an pecunia debeatur, sed an juraverit*. La condizione pertanto cui venne dalle parti sottoposta la transazione, non è se il giuramento prestato sia conforme alla verità, giacchè occorrerebbe discutere nuovamente sopra un tal punto, e il giuramento non sarebbe più decisorio della quistione, ma la condizione è soltanto se il giuramento siasi prestato nella conformità in cui fu deferito. La parte non può quindi essere ammessa a provarne la falsità.

(1) La parte che ha deferito il giuramento, può revocarlo sino a che la parte contraria non abbia dichiarato di accettarlo o di riferirlo, o sino a che non sia intervenuta sentenza irrevocabile sull'ammissione del medesimo.

Può revocarlo anche dopo la sentenza, e dopochè la parte contraria abbia dichiarato di essere pronta a prestarlo, se nella sentenza fu variata la formola proposta, salvochè abbia con qualche atto posteriore alla sentenza fatta acquiescenza alla formola variata.

La parte che ha riferito il giuramento non può più revocarlo, se l'altra parte ha dichiarato di essere pronta a giurare. Art. 1372.

Il codice Sardo e l' Estense ammettevano che quando la falsità sia provata per sentenza penale gli effetti civili del giuramento continuano, ma è salvo alla parte danneggiata il risarcimento dei danni che possono competerle in forza di tale sentenza.

In diritto compete un' azion civile in risarcimento di danni a chiunque è leso da un reato, quindi si dovrebbe dare quest' azione a colui che è leso da un giuramento falso. Si considerò pure essere immorale che il condannato per giuramento falso potesse arricchire ritenendo il cattivo acquisto del reato medesimo. Si voleva con ciò sostenere il codice Sardo e l' Estense. Ma si è detto: negata la facoltà di provare la falsità del giuramento, si ritiene che il giuramento è veridico, irrevocabile quanto alla parte istessa, e gli stessi sostenitori del sistema anche nel caso in cui la falsità sia stabilita in giudizio penale, ammettono che gli effetti del giuramento debbono continuare salvo il risarcimento dei danni. Ora non può logicamente umiliarsi questa continuazione di effetti civili del giuramento col risarcimento dei danni. Col risarcimento, se la parte non ottiene la cosa stessa di cui fu privata col giuramento, consegue l'equivalente.

Si potrà discutere, diceva **Pisanelli**, se il giuramento falso debba considerarsi come reato e punirsi con l' azione promossa dal P. M. Ma se per legge civile il giuramento costituisce una verità legale rispetto alle parti, niuna di esse può legalmente parlare di danno derivante dalla sua falsità. L' azione che il privato aggiunge a quella penale è essenzialmente civile. Ma secondo i principii generali ha diritto di chiedere il risarcimento dei danni con azion civile in un giudizio penale quegli soltanto che potrebbe domandarlo in un giudizio civile con l' azione ordinaria. Non concedendo pertanto alla parte danneggiata il risarcimento in conseguenza di un giudizio penale, si viene anche qui ad applicare la regola.

Per queste considerazioni la disposizione del codice Sardo ed Estense non passò nel codice Italiano (1).

(1) Se fu prestato il giuramento deferito o riferito, non si ammette l' altra parte a provarne la falsità. Art. 1370.

Il giuramento è una transazione, un contratto e quindi come tutti i contratti non riguarda che le parti, i loro eredi ed aventi causa. La teoria della solidarietà e della fideiussione è applicata agli effetti del giuramento, e quindi deferito da uno dei creditori solidali al debitore, non libera costui che per la porzione dovuta a quel creditore. Deferito al debitore principale libera il fideiussore, deferito ad uno dei debitori in solido libera i condebitori, deferito al fideiussore giova al debitore principale. I debitori solidali, il debitore ed il fideiussore han comune tra di loro il debito e non il fatto da cui deriva il debito o la fideiussione, quindi è chiaro che il giuramento deferito sul debito giova o nuoce ai condebitori solidali, al fideiussore come al suo debitore; ma deferito sul fatto da cui deriva il debito o la fideiussione, non giova o nuoce che a colui cui fu deferito. (1).

417. Il giuramento deferito dal giudice, ossia il giuramento suppletorio è mezzo per completare non per costituire la prova. Esso è un fatto del giudice indipendente dalle parti. Nessuna di esse può provocarlo per sé o per la controparte. È il giudice che lo deferisce all'una parte o all'altra o per far da esso dipendere la decisione

(1) Il giuramento recusato o prestato non fa prova che in vantaggio o contro di colui che l'ha deferito, ed a vantaggio de' suoi eredi od aventi causa o contro di essi.

Il giuramento

Deferito da uno dei creditori in solido al debitore, non lo libera che per la porzione dovuta a quel creditore;

Deferito al debitore principale, libera egualmente i fideiussori;

Deferito ad uno dei debitori in solido, giova ai condebitori;

Deferito al fideiussore, giova al debitore principale.

Nei due ultimi casi il giuramento del condebitore in solido o del fideiussore non giova agli altri condebitori o al debitore principale, se non quando fu deferito sul debito, o non sul fatto della obbligazione in solido o della fideiussione. Art. 1373.

della causa, o soltanto per determinare nella condanna la quantità dovuta (1). È niente più che un mezzo istruttorio disposto dall' autorità giudicante.

418. L' origine di questo giuramento è nel diritto romano *Solent judices in dubbis causis exacto jurejurando, secundum eum judicare qui juraverit*. Ed altrove: *in bonae fidei contractibus, nec non in coeteris causis, inopia probationum per judicem jurejurando, causa cognita, rem decidi oportet*. Anche là il giuramento suppletorio era autorizzato *in dubbis causis, ob inopia probationum, ma cognita causa*.

419. La differenza fra questo giuramento ed il decisorio è evidente. Il decisorio è nel dominio delle parti, questo è nel dominio del giudice: quello è diretto a decidere, questo ad istruire la causa. L' uno lega il giudice, l' altro resta nella sua valutazione. Quello può deferirsi quantunque non vi sia alcun principio di prova, questo non può deferirsi che a completare una prova. Quello può riferirsi all' avversario, questo non può riferirsi perchè è fatto del giudice indipendentemente dalle parti (2). Finalmente vuolsi avvertire che se pel giuramento decisorio è vietata la prova della falsità, la giurisprudenza e la scienza concordano ad ammettere pel suppletorio non solo la prova della falsità ma anche la facoltà di avvalersi della falsità che venisse stabilita in giudizio penale.

420. Le condizioni alle quali va subordinato il giuramento suppletorio sono le istesse di quelle determinate dal diritto romano *in*

(1) Il giudice può deferire il giuramento ad una delle parti o per fare da esso dipendere la decisione della causa, o soltanto per determinare nella condanna la quantità dovuta Art. 1374.

(2) Il giuramento deferito d' ufficio dal giudice ad una delle parti non può da questa riferirsi all' altra parte. Art. 1376.

dubbis causis, ob inopia probationum, che il codice italiano riproduce coi termini:

4.° Che la domanda o l'eccezione non sia pienamente provata;

2.° Che le medesime non siano mancanti interamente di prove: quindi non difetto assoluto ma insufficienza di prove, ciò che costituisce il dubbio ossia la negazione della certezza morale o sulla domanda o sulla eccezione. Nel difetto assoluto di prova il giudice non può far altro che ammettere o rigettare la domanda (1).

421. Il giudice può deferirlo ad una delle parti, ma qual sarà il criterio della sua determinazione? La legge non poteva prestabilirlo. La dottrina supplisce alla legge.

Vari sistemi sono in campo, taluni dicono, il giudice deve deferire il giuramento a quella parte nella cui buona fede ha più fiducia. Nelle deduzioni in giudizio e nei mezzi di difesa una parte può scoprirsi bugiarda e di mala fede. Il suo sistema di prova ne discapita, il suo fatto accresce credibilità alla controparte per quanto esso ne perde. Il giudice in tal caso dà maggior fiducia a chi nè si contraddice, nè si mostra mendace, e lo autorizza a sostenere con una deposizione giurata il suo assunto. Un altro sistema s'informa dalla natura delle cose dedotte. Vi son cose di prova difficilissima *difficilioris probationis*: il giudice in tali casi autorizza il giuramento a favore di colui che per la natura istessa delle cose non poteva riuscire ad una prova completa. A me pare che la via è indicata dai principii generali sulla teoria delle prove. Chi allega un fatto deve provarlo. Se nol prova il convenuto è assoluto senza altro suo fatto.

(1) Il giudice non può deferire d'ufficio il giuramento, nè sulla domanda, nè sull'eccezione opposta, se non quando concorrono le seguenti due condizioni:

1°. Che la domanda o l'eccezione non sia pienamente provata;

2°. Che le medesime non sieno mancanti totalmente di prova.

Esclusi questi due casi, il giudice deve ammettere o rigettare la domanda. Art. 1375.

86 — V. 3.° — Calc. Cod.

Se l'attore prova il suo fatto, siccome ogni prova ha la sua contraria, delle due l'una, o le contrarie si bilanciano ed allora si distruggono a vicenda, l'allegazione resta senza prova ed il convenuto è assolto. Se le prove non sono di egual forza, naturalmente una prevale sull'altra, ed allora la prevalente o è vittoriosa a segno da distruggere la contraria, e la lite è decisa a favore della parte che ha compiuta la prova prevalente, o questa prevalenza è tale che non giunge a distruggere la contraria ed allora è il caso di soccorrerla col giuramento suppletorio. Dunque il criterio per la scelta della parte a cui debba deferirsi il giuramento suppletorio è la prevalenza della prova. La decisione della causa si fa dipendere così dalla dichiarazione giurata che completa la prevalenza se la soccorre, o la distrugge se la contraddice.

422. Il giuramento suppletorio può avere a scopo di determinare il valore della cosa domandata, e dicesi tecnicamente giuramento **in litem**, nome tradizionale derivato dal diritto romano. Chi domanda una cosa ha d'uopo di provare il suo credito non solo ma il valore di esso. Però *ad impossibilia nemo tenetur*, e quando questa prova si è resa impossibile coi modi ordinari per fatto o per colpa imputabile a dolo del convenuto costui deve accettare come prova la dichiarazione giurata dell'attore. Questa obbligazione però non deve metterlo a discrezione dello avversario, il giudice soccorre la sua condizione con la determinazione di un **maximum** fino alla concorrenza del quale si presterà fede all'attore. Questo **maximum** sarà determinato in seguito della valutazione delle circostanze di luogo, di tempo, di persone che accompagnano la causa, e del danno arrecato e della causa che lo ha prodotto. Un albergatore deve rispondere del valore di una valigia dispersa nell'albergo. Non vi è mezzo di provarlo perchè e valigia ed effetti sono scomparsi. Questo valore si determinerà per mezzo del giuramento **in litem** nei limiti del **maximum** stabilito dal giudice. Il giudice stabilirà questo **maximum** desumendolo dalla condizione del passeggero, dalla classe dell'albergo, dal tempo in cui la dispersione è avvenuta in quanto possa rivelare la natura degli oggetti contenuti, e da tutte quelle altre

circostanze che possono determinare un valore ignoto. Nei limiti del **maximum** si presterà fede alla dichiarazione giurata (1).

423. È questa la teoria delle prove ritenuta dal codice e che a ragione può dirsi la parte più difficile di un sistema legislativo. **Mercadè** ne ha fatto una classificazione che adottiamo. Egli enumera dieci specie di prova che classifica per valore nell'ordine che segue:

- 1.° Giuramento decisorio,
- 2.° Presunzione legale assoluta di ordine pubblico,
- 3.° Confessione giudiziale,
- 4.° Presunzione legale,
- 5.° Presunzione legale semplice,
- 6.° Scrittura,
- 7.° Confessione stragiudiziale,
- 8.° Prova testimoniale,
- 9.° Presunzione di fatto,
- 10.° Giuramento suppletorio,

e di tutte ne fa cinque categorie sempre considerate in ragione del grado di vigore.

Mette in prima categoria il giuramento decisorio come presunzione assoluta di ordine pubblico, che giammai può abbattersi con la prova contraria. In seconda, le altre presunzioni assolute e la confessione giudiziale, le quali cedono talvolta alla prova contraria. La confessione può essere distrutta dalla prova che colui che confessa fa della sua inesattezza. La presunzione assoluta che non è di ordine pubblico può esser distrutta con diversi mezzi nei casi dalla legge riservati, e sempre col giuramento o con la confessione.

(1) Il giudice non può deferire all'attore il giuramento sul valore della cosa domandata, se non quando è impossibile di provarlo altrimenti.

Deve in questo caso determinare la somma, sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore in conseguenza del suo giuramento. Art. 1377.

In terza categoria stanno le presunzioni semplici e le scritture a fronte delle quali la prova contraria è sempre ammessa.

In quarta categoria stanno la confessione stragiudiziale, la prova testimoniale e le presunzioni di fatto, che sono sempre espugnabili con la prova contraria e sono d'altronde pienamente soggette al potere discrezionale del giudice. Il giudice può trovarle probanti o non probanti senza che giammai si possa domandargli conto della sua convinzione. La prova testimoniale è meno possente della confessione stragiudiziale, perchè non sempre può ammettersi. La presunzione di fatto è meno potente della prova testimoniale perchè il giudice non è mai costretto a ricorrervi.

In quinta categoria finalmente stà il giuramento suppletorio facoltativo pel giudice, e che non può servire che a completare una prova già cominciata senza essere per sè stesso una prova.

Teoria romana sui contratti in genere

424. La teoria delle obbligazioni nelle legislazioni moderne è una tradizione del diritto romano. In nessuna materia meglio che in questa l'antica sapienza giuridica conserva il suo impero; in nessuna più che in questa si discosta dai sistemi vigenti quanto alla nomenclatura all'origine al modo di costituire una obbligazione. Per ben intendere la teoria romana delle obbligazioni in ciò che più si discosta dalla teoria vigente, fa d'uopo orizzontarsi sulla teoria delle azioni, esporle almeno per sommi capi, imperocchè tener dietro ad esse in tutto il loro sviluppo sarebbe impresa noiosa per quanto scarsa d'utilità ed interesse.

Le azioni **actiones** nel sistema del diritto romano si distinguono per Origine — Indicazione — Rapporto delle parti con l'obbietto litigioso — Oggetto e fine — Fondamento — Facoltà del giudice — Procedura.

Quanto all'**origine** le azioni erano civili o legittime — onorarie o pretorie o editorie — dirette e volgari — utili *seu ad exemplum* o *fictitiae*.

Actio civilis legittima era quella fondata sul **jus civile** in senso stretto.

Pretorie erano quelle che per l'insufficienza delle azioni legittime furono introdotte dai Pretori — **Dirette** dicevansi quelle adoperate nella loro propria e primitiva applicazione — **Utili** quelle la di cui ammissibilità era fondata sopra una estensione delle legittime fatta a cagione di utilità, e quando questa estensione si era fatta dal Pretore sopra una finzione che aveva dello spirito e della verità nei negozi civili, dicevasi **fictitia**.

Quanto all' **indicazione** le azioni erano nominate o innominate. Le innominate non avendo una indicazione intrinseca la desumevano dalla loro fonte donde dicevansi **actiones ex lege, ex SC. ex edicto**, secondochè derivavano da una di queste fonti. Nominate erano quelle che avevano un nome proprio desunto dal loro scopo come *actio locati, actio venditi, actio injuriarum*. Alle volte ad esse si aggiungeva una qualità per far rilevare una qualche particolarità di essa, e questa era l'*adiecta qualitas*: così all'*actio iniuriarum* si aggiungeva **aestimatoria** per indicare la quantità dei compensi dovuti. Così vi era l'aggiunto, *sequestratoria, executoria, institoria, quod jussu, de in rem verso, tributaria*. Tutte le azioni alle quali si aggiungeva la qualità si dicevano *actiones adiectitiae qualitatibus*.

Avuto riguardo alla **relazione** delle parti con l'oggetto litigioso le azioni erano pubbliche **populares** cioè potevano essere intentate da tutti non come investiti di un proprio diritto, ma come rappresentanti dello Stato. **Duplices** seu **mixtae** erano quelle nelle quali ciascuna delle parti poteva fare da reo e da attore, come l'*actio finium regundorum familiae herciscundae, comuni dividundo*.

Secondo l'**oggetto** ed il **fine** si distinguevano le azioni **poenales ex factu** tendenti ad ottenere il pagamento di una pena privata, **persecutiones** ossia *actiones rei persecuendae causa comparatae* il di cui oggetto non era la pena ma il risarcimento di un danno, e dicevansi **mixtae** quando erano *poenales et persecutiones* al tempo stesso — **praeiudiciales** quelle che tendevano a far definire preliminarmente una quistione — **petitoriae** quelle che tende-

vano allo stabilimento definitivo di un diritto — **possessoriae** quelle che tendevano a stabilire il possesso — **incertae** quando erano dirette ad ottenere una cosa il di cui *tanti quanti* poteva solo definirsi in seguito del giudizio — **certae** quelle che tendevano ad ottenere un oggetto determinato nel *quid, quale, quantum*.

Secondo il **fondamento** le azioni si distinguevano *in rem*, **affermative** se fondavano un diritto, **negative** se lo impugnavano, e secondo l'estensione e comprensione si dicevano **actiones de universitatem** — *in rem speciales*, secondochè riguardavano un patrimonio o una cosa singola. Specie principali erano le *vindicationes* tendenti ad ottenere il rilascio di una cosa e dicevasi *vindicatio directa* per il proprietario, *utilis vindicatio* per l'enfiteuta. L'*actio publiciana*, la *ipotecaria*, la *vindicatio liberorum* la *vindicatio servitutis* ossia la confessoria erano tutte specie dell'*actio in rem*. **In personam** era l'azione tendente ad ottenere l'adempimento di una obbligazione da colui ch'era obbligato a prestarla. La differenza stava in ciò, che nelle personali si doveva indicare la persona *Lucius Titius dare facere oportere*. Nelle reali si agiva bene contro chiunque possedeva la cosa domandando la cosa istessa: *in rem concipere actionem*. **Actio de statu**, dicevasi quando si reclamava lo **Status**.

In rapporto alle **facoltà** del giudice le azioni si distinguevano in **actiones stricti juris** — **bonae fidei**. Una positiva differenza vi era tra queste. Le **stricti juris** erano giudicate dal **judex** e si dicevano propriamente **condictiones**. Il Pretore proponeva al **judex** la questione di fatto con l'incarico di vedere se concorrevano le condizioni necessarie per rendersi applicabile la legge già determinata e sulla quale il **judex** nulla aveva da farci, ed in ciò consisteva lo **strictus jus** che lo legava. In queste azioni si andava direttamente ed esclusivamente all'oggetto immediato della obbligazione, o al suo valore, quando per colpa del convenuto non era più possibile avere la cosa, e per questo valore non era neanche ammesso il giuramento *in litem* per determinarlo né si potevano domandare interessi neppure quando erano compresi in un patto aggiunto. Nelle azioni **bonae fidei** il giudice assumeva il carattere di *arbitrer* e procedeva non

legato da una quistione prestabilita dal Pretore ma liberamente *quantum ex bonafidei praestari oportet*, ovvero *quantum aequius melius*, ovvero *ut inter bonos vires bene agier oportet* ch'era la formola con la quale il Pretore commetteva al **judex** la causa. Queste azioni riguardavano non solo l'adempimento di una obbligazione personale, ma anche di una reale e vi era luogo a conseguire e gl'interessi ed i patti aggiunti. Specie nel genere delle azioni di buona fede erano le azioni **arbitrarie** e si distinguevano dal genere in quanto che per esse il **judex** aveva facoltà di determinare non solo la quantità del risarcimento ma ancora il **modus**, locchè dicevasi *arbitrium de restituendo*.

Secondo la **procedura** le azioni si distinguevano in ordinarie e straordinarie secondochè si portavano al giudizio ordinario, *ordo privatorum judiciorum*, ovvero alla *extraordinaria cognitio*. Alle ordinarie apparten evano le famose **actiones legis** delle quali tre erano formole introduttive del giudizio, cioè *actio sacramenti* — *postulatio judicis* — *condictio*: due riguardavano l'esecuzione dette *manus iniectio* — *pignoris capio*. **Gaio** diceva, queste antiche azioni si chiamavano **legis actiones** sia perchè provenivano dalla legge sia perchè dovevano essere formulate con le parole sacramentali della legge pena la perdita della causa.

L'**actio sacramenti** era generale e si usava in tutti quelli affari pei quali la legge non avesse prescritto che si procedesse altrimenti. In sostanza per essa attore e convenuto si obbligavano ad una multa in caso di succumbenza. Questa multa ora destinata al mantenimento del culto e perciò dicevasi **sacra**, donde l'azione chiamavasi *sacramentum*, e quindi **actio sacramenti**. L'attore innanzi al Pretore presso cui aveva fatto presentare il convenuto diceva a costui *aito te mihi dare centum ex empto*. Il convenuto accettava, e tutto era finito; se negava dicendo *nego me tibi dare centum*, l'attore replicava: *quando negas sacramento te provocho*, ed il convenuto *similiter ergo te*. Ciò fatto si procedeva al giudizio; il succumbente pagava la multa da 50 a 500 sesterzi secondo il valore della causa. Così si procedeva in tutte le azioni personali. Nelle reali la procedura era più drammatica. Nei tempi antichissimi si simulava un fatto

d'armi come se si volesse con la forza ottenere un diritto, e le parti comparivano impugnando l'**asta**. In seguito, all'asta si sostituì una **verga**, e la scena si compiva così: se l'oggetto controverso era un mobile si portava innanzi al Pretore o intero o una parte di esso. S'era un immobile si andava sopra luogo nei primissimi tempi, poscia si fingeva di andare e si faceva rappresentare la cosa da una zolla, da una parte qualunque. Quando si andava sopra luogo la procedura si chiamava propriamente *manum consertio in jure*, ed in generale, quando all'asta si sostituì la verga, *vindicta fistuca* la procedura si diceva *vis fistucaria lis vindiciarum*. In tutti i casi una volta alla presenza del pretore e parti e cosa, l'attore diceva *hanc ego rem ex jure quiritem meam esse aio secundum suam causam*, *ecce tibi vindictam imposui*, e portava la verga sulla cosa. Il convenuto faceva e diceva l'istessa formola. Il Pretore allora pronunziava *mittite ambo rem*, e la cosa restava così staggita in potere della legge. L'attore replicava *postulo anne dicas qua ex causa vendicaveris*, ed il convenuto rispondeva di aver fatto quanto è prescritto avendo imposto la vindicta: *ius peregi sicut vindictam imposui*. Allora si faceva il sacramento e l'attore *quando tu iniuria vindicavisti sacramento te provoco*, il convenuto rispondeva *similiter ego tibi*. Il Pretore aggiudicava il possesso ad uno dei contendenti preferendo ordinariamente colui che offriva miglior cauzione. Nelle quistioni di stato, si presumeva la libertà e l'attore in rivendicazione non poteva ottenere il possesso che dopo la prova della schiavitù. Fu questa la violazione della legge abusata da **Appio Claudio** che occasionò la tragica fine di **Virginia** e la caduta del governo decemvirale.

La **iudicis postulatio** è ignota. I frammenti di Gaio sono mutilati in questa parte. Per quel che ne sappiamo era un modo di chiamare in giudizio in tutte le azioni *in personam* e si adoperavano le parole *tempore iudicem arbitrumve postulo ut des*.

La **conditio** era la notificazione che l'attore forma al convenuto di presentarsi nel trentesimo giorno *ad iudicem capiendum*. Fu introdotta dalla legge **Silia** per le azioni aventi per oggetto una somma di denaro, e poi fu estesa dalla legge **Calpurnia** a tutte le azioni

di oggetto determinato, e si disse *conditio certi* quando si domandava denaro, *conditio triticaria*, quando si domandava non denaro ma una cosa determinata. Questa azione di legge si usava per le sole azioni *stricti juris*, e perciò queste dicevansi **conditiones**.

La **manus infectio** era un modo esecutivo contro il debitore; si menava in schiavitù con la forza, e si usava pure in determinati casi per obbligare il convenuto a presentarsi in giudizio.

La **pignoris capio** era la forma di pignorare i beni del debitore.

La legge **Ebutia** abolì o restrinse queste forme, e fu introdotta la **formula judicii** ossia una specie della nostra citazione. L'attore prendeva dall'editto quell'azione che pretendeva più adatta al suo scopo e formava la sua domanda lasciando in bianco il nome del giudice che doveva trattare la causa, vuoto ch'era riempito dal Pretore. Questo atto di parte si componeva di tre parti la **dimostratio** cioè la narrazione del fatto, la **intentio** cioè la sua domanda, la **condemnatio** cioè quel ch'è secondo l'idea della parte doveva fare il giudice. La forza dell'atto era l'**intentio** in quanto che nelle azioni *stricti juris* era necessario avvalersi della sacramentale parola della legge e domandare nè più nè meno del dovuto a pena di perder tutto con un rigetto di azione. La *pluris petitio* era fatale tanto se riguardava **re** cioè più del dovuto, **tempore** cioè troppo presto, **loco** cioè se in luogo diverso dal convenuto, **causa** cioè se si eccedeva il proprio diritto, per esempio, se avendo diritto ad un oggetto di specie determinata a scelta del debitore si domandava un determinato individuo della specie. Tutte queste azioni e formole caddero in disuso quando tutto il contendere si fuse nella **extraordinaria cognitio** e l'arbitrio invase la politica e la giustizia.

L'azione qualunque sia è l'esercizio di un diritto col quale si costringe taluno a dare o fare. Questo diritto per esser legittimo deve avere per correlativo l'obbligazione altrui a dare o fare. Questa obbligazione è una diminuzione della libertà ed indipendenza dell'obbligato, il quale in rapporto a quel dare o fare non è più libero, non è nel suo essere naturale, non è suo, **nec suus**. Da ciò la parola **nexus** che nell'antichissimo diritto romano esprimeva

il vincolo derivante dal contratto. *Cum nexus faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto*, dicevano le XII tavole per esprimere che il contratto era legge fra le parti. La parola **obligatio** fu sostituita al **nexus** nel terzo periodo della storia giuridica romana e fu definita *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. Questa definizione appartenente all'epoca classica del diritto con la parola *adstringimur* esprimeva che l'effetto dell'obbligazione era sempre quello d'investire il creditore di un'azione di costringimento a fare o dare, e con le altre *secundum nostrae civitatis iura* si esprimeva il concetto che unica fonte della obbligazione era il **ius civile** e che le sole obbligazioni derivanti dal **ius** davano l'azione al costringimento. **Obligatio** nel sistema romano era causa, era sinonimo di **contratto**, e contratto era la **obligatio** a cui era annessa un'azione di costringimento. La **obligatio** a cui non era annessa un'azione di costringimento dicevasi **pactio, pactum**. Fu ben tardi che la voce **obligatio** fu usata come noi la usiamo, cioè per esprimere l'effetto di un contratto, e noi ci fermiamo a questa epoca della storia giuridica romana per svolgere la teoria delle obbligazioni. **Gaio** che appartiene all'epoca da cui noi partiamo, e che fu l'epoca classica del diritto, divideva in due principali categorie le obbligazioni cioè quelle che nascevano dal contratto e quelle che derivavano da delitto, e faceva delle prime quattro specie cioè contratti *Re — verbis — literis — consensu*.

La obbligazione **re** si formava col fatto di ricevere una cosa con l'obbligo di restituirla. Il contratto che si costituiva così *re ipsa* dicevasi reale e tali erano il mutuo, il comodato, il deposito, il pegno a cui corrispondeva l'*actio mutui — comodati — depositi — pignoratitia*.

L'obbligazione **verbis** si formava con una domanda ed una risposta. *Fari spondes? spondeo*. Il contratto era perfetto con la rottura di una verga, **stipola**, e perciò il contratto verbale si disse **stipulatio**, formola dell'epoca classica sostituita alla formola primitiva dell'*aes et libram* ossia della mancipazione.

L'obbligazione **literis** era affatto speciale dei romani. Ogni cit-

tadino era obbligato a tenere un registro di cassa, un giornale di esito ed introito: *codex accepti et expensi — tabulas domesticas rationes*. Quando le annotazioni del registro del creditore erano corrispondenti a quelle del registro del debitore la prova del contratto era perfetta. Le nostre tessere o tacche a riscontro corrispondono a questa specialità romana. Si assicura dagli storici che la notata fatta dal creditore anche fuori la presenza del debitore era valida. Omaggio alla virtù repubblicana, e quella forma finì con la repubblica. La scrittura formò i contratti come noi formiamo le scritture private, e furono riconosciuti i chirografi e le *syngraphe* ossia le scritture semplici e le doppie.

Le obbligazioni **consensu** si contraevano col solo consenso senza bisogno di forma particolare di parole o di scrittura e ciò avveniva nella vendita, locazione, mandato, e società ai quali contratti corrispondevano le azioni rispettive *empti venditi — locati conducti — mandati — pro socio*.

Vi erano poi dei fatti consensuali i quali non avevano né forma determinata in una espressione sensibile della convenzione, come la sacramentale formata nei contratti **verbis**: *spondes? spondeo*, né la sacramentale formola dei contratti **litteris**, e quindi dicevansi **sine causa**, e non producevano obbligazione con azione corrispettiva di costringimento. Tali fatti consensuali dicevansi **Pacta**: notate però che il **sine causa** qui non s'intende come noi l'intendiamo cioè obbligazione senza movente, senza scopo; ma dicevasi causa quella che abbiamo chiamato *espressione sensibile della convenzione*. Però quando il diritto romano si svestì del plasticismo che l'inceppava quando il consenso fu elevato a fattore dei contratti e delle obbligazioni, **patto** fu sinonimo di **contratto**, ed il vocabolo **causa** non fu più inteso nel significato sopra espresso, ma in quello che noi ora le diamo, cioè scopo movente del contratto, com'è chiaro dai titoli del digesto *de conditione ob turpem vel injustam causam — de conditione sine causa — de conditione causa data causa non secuta*. Prima però di giungersi a questo risultamento si era stabilito — 4.° Che il patto aggiunto ad un contratto di buona fede si considerasse come accessorio di questo e l'azione del contratto si

estendesse al patto aggiunto — 2.° Che il patto pretorio si equiparasse al contratto, e così pure il patto legittimo. I patti ai quali non corrispondeva un'azione dicevansi **patti nudi ex nudo pacto inter cives romanos actio non nascitur**: avevano la forza di una obbligazione naturale. In questi patti ci era ciò di speciale, che colui che aveva adempito alla sua obbligazione acquistava diritto all'azione di costringimento per conseguire il correlativo, e ciò avveniva nei quattro contratti che si dicevano innominati cioè *do ut des* — *do ut facias*, — *facio ut des* — *facio ut facias*.¹ Questi contratti erano accompagnati dall'azione così detta *praescriptis verbis*. E ciò avveniva così: Nella **formula judicis** che sostituì l'**actio legis judicis postulatio**, l'attore doveva formulare la sua domanda con la **demonstratio la intentio** e la **condemnatio**. Nella **intentio** dovendosi desumere dalla legge la denominazione del contratto che dava luogo all'azione, se questa non era prevista dalle legge, per una istituzione Pretoriana si facoltava l'attore a narrare nella **demonstratio** il fatto che aveva dato luogo alla quistione, e domandare l'azione **utile** nascente dal fatto e dalle parole che dichiaravano il fatto avvenuto, e questa azione surta dalle parole che *rem gestam demonstrabant* fu l'**actio praescriptis verbis**, l'**actio in factum**. *Nam cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina praescriptis verbis agendum est*.

In tutto il resto la teoria romana sulle obbligazioni era conforme all'attuale.

FINE DEL VOLUME III PARTE I



11092001768

INDICE

DEL

VOLUME III — PARTE I

LIBRO III

dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose

Disposizioni Generali	pag. 5
--	---------------

SOMMARIO

1. Schema del libro III, enunciazione dei modi di acquistare e trasmettere la proprietà.

TITOLO I. Della occupazione	8
--	----------

SOMMARIO

2. Idea della occupazione — 3. Obbiettivi suscettibili — 4. Caccia, pesca — 5. Tesoro — 6. Cose perdute — 7. Cose gittate in mare e rigettate dal mare — 8. Teoria romana sui modi di acquistare.

II. Delle successioni	22
--	-----------

SOMMARIO

9. generalità — Successione universale, a titolo univer-

sale, particolare — 10. Legittima e testamentaria — 11.
Quistione di preferenza — 12. Sistema del codice.

CAPO I. Delle successioni legittime pag. 24

SOMMARIO

13. Criterio delle successioni legittime — 14. Indole del sistema successorio — 15. Sua storia **A.** diritto successorio romano; **B.** feudale; **C.** municipale; **D.** francese; **E.** riforme napolitane — 16. Sistema del codice — 17. Metodo — 18. **Capacità di succedere** — 19. Indegnità — 20. Cause d' indegnità — 21. Osservazioni sull' art. 725 — 22. Prova delle cause d' indegnità — 23. Altra osservazione sull' articolo 725 — 24. Riabilitazione — 25. Effetto della indegnità — 26. Teoria romana sulla indegnità — 27. **Rappresentazione:** suo scopo — 28. applicazione alla linea discendentale — 29. Alla ascendente — 30. Alla collaterale — 31. Successione per stirpi e capi — 32. rappresentazione dell' assente e dell' indegno — 33. Osservazione sull' articolo 735 — 34. rappresentazione romana — 35. **Successione legittima:** suo ordine — 36. Successione mista — 37. Successione legittima romana giustiniana — 38. giustificazione del suo principio — 39. **Figli naturali** necessariamente distinti dai legittimi — 40. Precedenti relativi alla considerazione di essi — 41. Sistema del codice — 42. **Coniuge superatite;** eminenza dei diritti coniugali sul patrimonio di famiglia — 43. Sistema del codice sui diritti successori del coniuge — 44. Eccezione pel caso di separazione personale — 45. Teoria romana — 46. Codici precedenti — 47. **Successione dello Stato** all' eredità vacanti.

CAPO II. Delle successioni testamentarie . . .

74

SOMMARIO

48. Origine del testamento — 49. sua indole — 50. Tec-

nicismo successorio: titolo universale, erede, eredità — 51. Titolo particolare legatario, legato — 52. Metodo del codice — 53. **Capacità** di testare — 54. Teoria romana — 55. Capacità di ricevere — 56. Eccezione — 57. Incapacità — 58. Incapacità di ricevere per incompatibilità con lo scopo ed indole del testamento — 59. Teoria romana — 60. **Forma dei testamenti** ordinari e speciali — 61. Olografo o per atto di notaio — 62. Pubblico o segreto: forma del pubblico — 63. Forma del segreto — 64. Chi può usarla — 65. Forma possibile pel sordo-muto — 66. Qualità dei testi — 67. Testamenti speciali — **a.** peste; **b.** viaggio di mare; **c.** servizio militare. **Regole Comuni** — 68. Nullità testuale — 69. testamenti copulativi — 70. testamento romano — 71. testamento dei settentrionali in Italia — **Disponibile** — 72. giustificazione della riserva — 73. giustificazione della disponibile — 74. Sistema del Codice — **Riserva** — 75. Sua origine e criterio — 76. riserva degli ascendenti e discendenti — 77. Sua indole — **Diritti del coniuge e figli naturali** — 78. Riserva del coniuge — 79. Diritti dei naturali — 80. Indole di questi diritti — 81. Garentia di essi — **Riduzione** — 82. Suo scopo — 83. Come si fa — 84. Legittima romana. **Istituzione di erede** — 85. Forma libera di testare — 86. Causa efficiente determinata esclusivamente erronea, nullità dell'atto — 87. Causa efficiente non esclusivamente determinata — 88. Dubbio sull'ammissibilità della prova estrinseca per dimostrare l'esclusività della causa — 89. Istituzione di erede romana — 90. Validità intrinseca del testamento **Personae e cose** obbietti di testamento — 91. Determinazione di persona **a.** legati per l'anima, **b.** pei poveri, **c.** beneficii semplici, cappellanie laicali, **d.** persone da nominarsi — 92. Erronea indicazione — 93. Determinazione di cosa — 94. cosa altrui — 95. cosa propria non esistente nel patrimonio del defunto — 96. cosa determinata per luogo — 97. cosa del legatario, osservazione sull'art. 843 — 98. Teoria romana sui legati — **Disposizioni condizionali** — 99. principii regolatori — 100. Applicazione — **a.** al celibato, **b.** alla condizione **a** termine, **c.** alla condizione di reciprocamente

za — 101. Condizione sospensiva — 102. Termine — 103. garentie del legato — 104. Amministratore — 105. Teoria romana — Effetto dei legati — 106. Cosa e frutti — 107. Chi presta il legato — 108. Azioni per conseguirlo — 109. Come si paga — 110. Spese e tassa — 111. Pesi annessi — Diritto di accrescimento — 112. Caducità — 113. Effetto — 114. Legati congiunti, accrescimento — 115. Sue condizioni — 116. Effetti — 117. Eccezioni — Rivocazione ed infirmità — 118. Casi di rivocazione — 119. Osservazioni sul concepito — 120. Caducità obbiettiva e subbiettiva — 121. Rappresentazione nelle successioni testate — Sostituzioni — 122. Loro origine — 123. Sostituzione di primo grado — 124. Eccezione per pubblica utilità — 125. Effetto della doppia clausola se non può o non vuole — 126. Effetto della sostituzione — 127. Sostituzione pupillare abolita — Esecutori testamentari — 128. Indole della istituzione — 129. Carattere dell' esecutore — 130. Diritti e doveri — 131. Precedenti storici — Deposito ed apertura dei testamenti — 132. Deposito dell' olografo — 133. Apertura del segreto — Rivocazione de' testamenti — 134. Rivocabilità assoluta — 135. Rivocazione espressa — 136. Rivocazione tacita — 137. Ripresa del testamento — 138. Teoria romana.

CAPO III. Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie pag. 465

SOMMARIO

139. Sistema del codice — 140. Apertura della successione — 141. Suo effetto — 142. Istante della morte — 143. Sistemi per l'accertamento delle morti dubbie — 144. Sistema romano — Accettazione e rinunzia — 145. Non è erede chi non vuole — 146. Accettazione — 147. Atti che la simulano — 148. Rinunzia gratuita — 149. Tempo utile per accettare — 150. Eredità devoluta a colui la di cui eredità si è rinun-

ziata — 151. Irrevocabilità dell'accettazione ed eccezioni — 152. Retroattività dell'accettazione — 153. Effetti dell'accettazione — 154. Benefizio d'inventario — 155. Sua origine — 156. Accettazione beneficiata necessaria — 157. Altri casi di accettazione necessaria — **Rinunzia** — 158. Non è erede chi non vuole — 159. Effetti della rinunzia — 160. rappresentazione, passaggio, trasmissione di diritti — 161. Accettazione dei creditori — 162. Rivocazione della rinunzia — 163. prescrizione in rapporto alla accettazione ed alla rinunzia — 164. Mora e termine per deliberare — 165. Erede in possesso di beni — 166. Espilatori di eredità — 167. Impossibile rinunzia dell'eredità di uomo vivente. **Cautela di Maranta** — **Inventario** — 168. Accettazione beneficiata — 169. Il testatore non può impedirla — 170. Il dissenso dei coeredi è consenso — 171. Accettazione ed inventario si completano a vicenda — 172. Termine — 173. Condizione dell'erede nel termine — 174. Doveri del beneficiario — 175. Sanzione — 176. Spese — 177. Diritti del legittimario — **Eredità giacente** — 178. Quando si verifica e provvedimenti analoghi — **Divisione di eredità** — 179. Principii regolatori — 180. Processo divisorio — 181. Domanda di divisione — 182. Formazione della massa — 183. Quotizzazione — 184. Recessione — 185. Teoria romana: retratto successorio — **Collazione ed imputazione** — 186. Fattori di eguaglianza — 187. Origine della collazione — 188. Quando ha luogo — 189. Da chi è dovuta — 190. Di che — 191. A chi — 192. Come si fa — 193. Imputazione — 194. Sistema romano — **Pagamento dei debiti** — 195. Principio regolatore — 196. Debito personale ed ipotecario — 197. Regresso — 198. Purgazione — 199. Separazione di patrimoni — 200. Legatario non tenuto — 201. Precisione della parola legatario — **Effetti della divisione** — 202. Indole della divisione — 203. Garanzia dei coeredi — 204. Quando non ha luogo — 205. Suoi effetti — 206. Teoria romana — **Recessione** — 207. Sue cause — 208. Omissione di cespiti — 209. Forma dell'atto — 210. Eccezione per le transazioni sulla divisione — 211. E per la vendita del *jus haereditatis* — 212. Condizioni di que-

sta vendita — 213. Come si liquida la lesione — 214.
 Come si evita la rescissione — 215. Teoria romana —
Divisione inter liberos — 216. Sua indole — 217.
 Sua forma — 218. Suoi caratteri — 219. Nullità — 220.
 Osservazioni — 221. Teoria romana.

TITOLO III. Delle donazioni pag. 225

SOMMARIO

222. Generalità.

CAPO I. Della capacità di disporre e di ricevere per donazione 226

SOMMARIO

223. Capacità di disporre per donazione come quella dei testamenti ma più rigorosa.

CAPO II. Della forma e degli effetti della donazione 228

SOMMARIO

224. Caratteri intrinseci — 225. Liberalità spontanea e suoi caratteri — 226. Attualità e sue conseguenze — 227. Istituzione contrattuale — 228. Irrevocabilità — 229. Condizioni possibili — 230. Diritto di ritorno — 231. Sua indole — 232. Riversibilità legale — 233. Accettazione — 234. Chi può farla — 235. Effetti del difetto di accettazione — 236. Eccezione per le donazioni a causa di matrimonio — 237. Effetti dell'accettazione

ne — 238. Forma essenziale — 239. Doni manuali —
240. Donazione di mobili — 241. Donante non tenuto a
garantia — 242. Donazioni vietate.

CAPO III. Della revocazione delle donazioni . . pag. 245

SOMMARIO

243. Eccezione al principio d'irrevocabilità — 243. So-
pravvenienza — 245. Sua origine e storia — 246 Dif-
ferenza di effetti tra le varie cause di revocazione —
247. Ingratitudine — 248. Quistioni ultronee — 249. Qui-
stione non risolta — 250. A chi e contro chi compete
l'azion di revocazione — 251. Quale sopravvenienza
di figli revoca la donazione — 252. Indole di questa cau-
sa — 253. Concepimento e sua influenza sulla revocazio-
ne — 254. Prescrizione ed estinzione dell'azione —
255. Effetti della istanza di revocazione — 256. Dona-
zioni irrevocabili per ingratitudine e sopravvenienza
di figli.

CAPO IV. Della riduzione delle donazioni . . . 258

SOMMARIO

257. Scopo della riduzione — 258. A chi compete l'azio-
ne — 259. Suoi effetti — 260. Teoria romana.

TITOLO IV. Delle obbligazioni e dei contratti in genere 264

SOMMARIO

261. Indole e fonte delle obbligazioni.

SOMMARIO

262. Cause delle obbligazioni — Contratti — 263. Loro indole, specie e regole comuni — **Requisiti essenziali** — 264. Quali siano — 265. Capacità — 266. Consenso e suoi vizi, errore, violenza, dolo — 267. Oggetto — 268. Causa — 269. Effetti — 270. Esecuzione. 271. Tradizione — 272. Estensione della obbligazione — 273. Stipulazione per terzo — 274. Interpretazione dei contratti e sue regole — **Quasi contratto** — 275. Sua indole — 276. Sua specie — 277. Gestione di negozio — 278. Indebito — **Delitti e quasi delitti** — 279. Loro indole — 280. Inazione — 281. Responsabilità riflessa — 282. Solidarietà dei conrei.

CAPO II. Delle diverse specie di obbligazioni 296**SOMMARIO**

obbligazioni condizionali — 283. Classificazione delle obbligazioni quanto alla genesi — 284. e quanto alla natura — 285. Forza della condizione sospensiva — 286. della risolutiva — 287. della impossibile — 288. della potestativa — 289. Principali ed accessorie — **Solidità** — 290. Subbiettiva — 291. Sua indole — 292. Legale o convenzionale — 293. Solidità di creditori — 294. Di debitori — 295. Eccezioni comuni — 296. Eccezioni personali — 297. Loro indole ed effetti — 298. Rinunzia alla solidità — 299. Effetto della risoluzione — 300. Quota dell'insolvente — **Divisibilità o indivisibilità** — 301. Indole delle obbligazioni divisibili ed indivisibili — 302. Distinzione — 303. Principio regolatore delle divisibili — 304. Delle indivisibili — 305. Semplici e composte — 306. Congiuntive — 307. Alternative — 308. Diritto di scelta — 309. Obbligazio-

ne facoltativa — 310. Distinzione delle obbligazioni quanto all'effetto — 311. E quanto al tempo — 312. **Clausola penale** — 313. Mora — 314. Inalterabilità della clausola penale — 315. Suo effetto nelle obbligazioni indivisibili — 316. Caparra.

CAPO III. **Degli effetti delle obbligazioni** . . . pag. 325

SOMMARIO

317. Esecuzione o risarcimento — 318. Tradizione complementare — 319. Effetto delle varie obbligazioni — 320. Criterio di valutazione dei danni — 321. Criterio della responsabilità: forza della espressione padre di famiglia — 322. Casi di non responsabilità — 323. Determinazione de' danni interessi — 324. Anatocismo — 325. Garentia — 326. Paulliana.

CAPO IV. **Dei modi con cui si estinguono le obbligazioni** 336

SOMMARIO

327. Modi estintivi — **Pagamento** — 328. Necessità di forma in rapporto a chi lo fa, a chi si fa, come e dove — 329. Indebito — 330. Pagamento con surrogazione, sua indole — 331. Sue specie — 332. Giustificazione della surrogazione convenzionale — 333. Subingresso — 334. Effetto — 335. Imputazione — 336. A chi spetta — 337. Imputazione del creditore — 338. Imputazione legale — 339. Offerta di pagamento — 340. Deposito — 341. Deposito speciale — **Novazione** — 342. Sua indole — 343. Sue specie — 344. Principii regolatori — 345. Effetto — **Remissione** — 346. Sua indole. 347. Presunta — 348. Effetto — **Compensazione** — 349. Sua indole — 350. Fattori di compensazione le-

gale — 351. Eccezioni — 352. Effetto — 353. In rapporto alle cessioni — 354. In rapporto ai terzi — 355. Disquilibrio che non osta alla compensazione — 356. Regole di compensazione — 357. Compensazione facoltativa — 358. Riconvenzionale — **Confusione** — 359. Sua indole — 360. Osservazione sull'art. 1297 — 361. Eccezione alla confusione — **Perdita della cosa** — 362. Sua indole e principii regolatori — **Nullità rescissione** — 363. Sinonimi — 364. Tempo utile per intenderla — 365. Sua trasmissibilità — 366. Intrasmissibilità per eccezione — 367. Nullità nell'interesse dei minori — 368. Eccezioni — 369. Utile versione — 370. Rescissione per lesione — 371. Ricognizione, rettificazione — 372. Altre cause estintive rimando.

CAPO V. Della prova delle obbligazioni e di quella della loro estinzione pag. 386

SOMMARIO

373. A chi spetta provare — 374. Modo di prova — 375. Sistema delle prove giuridiche — 376. Sistema del codice — **Prova per iscritto** — 377. Atto pubblico e privato — 378. Necessità della prova scritta per atti determinati — 379. **Atto pubblico** — sua indole — 380. Suoi caratteri — 381. Suo effetto — 382. Effetti dell'atto pubblico difettoso — 383. Nunciativa — 384. Effetto dell'atto pubblico quanto ai terzi — 385. controscrittura — **Scrittura privata** — 386. Sua indole — 387. Sue specie — 388. Sua forza probante — 389. Verificazione — 390. Parte essenziale della scrittura privata — 391. Lettera di cambio — missive, giornali, carte domestiche, note — **Tacche** — 392. Forma e forza di esse — **Copie di atti** — 393. Specie e forza probante di esse — **Atti di ricognizione** — 394. Indole e forza di esse — **Prova testimoniale** — 395. Sua indole e divieto in massima — 396. Ammissibilità per eccezione — 397. Inflessibilità del divieto — 398.

Eccezioni: principio di prova per iscritto — impossibilità di avere o conservare la prova scritta — **Presunzioni** — 399. Organismo delle prove — 400. Indole delle presunzioni — 401. Specie — 402. Presunzioni legali — 403. Loro forza probante — 404. Teoria della cosa giudicata — 405. Presunzioni non legali — **Confessione** — 406. Sua indole e forza — 407. Sue specie — 408. Teoria sulla indivisibilità della complessa. 409. Stragiudiziale — **Giuramento** — 410. Sua indole e specie — 411. Decisorio: sua indole, e caratteri — 412. Chi può deferirlo ed a chi, quando, per quali cause e come — 413. Diritti ed obbligazioni che ne derivano — 414. Dispensa — 415. Rivocazione — 416. Effetto — 417. Indole del giuramento di ufficio — 418. Sua origine — 419. Sua differenza dal decisorio — 420. Sue condizioni — 421. Criterio per deferirlo — 422. Giuramento in litem — 423. Riepilogo e classificazione delle prove — 424. **Teoria romana sui contratti in genere.**

FINE

ERRATA-CORRIGE

Pag. 11	acquista	leggi	acquistano
27	cencetto	»	concetto
28	loro	»	loco
38	Essò	»	·Essa
40	L'amore	»	L'onore
69	stabilita	»	stabilità
74	suis juris	»	sui juris
141	in dui	»	in cui
215	esercitata	»	esercita
232	è al	»	è la
254	rtvocate	»	rivocate
272	ad allora	»	ed allora
285	interpretano	»	interpretano
287	senzo il	»	senza il
301	il suo l'impossibile	»	il suo impossibile
309	debitore	»	debito
312	roppoito	»	rapporto
»	acquistato	»	acquistata
329	fecere	»	facere
322	verso 2, doloso	»	colposo
335	sono transitivi	»	sono intransitivi
»	persena	»	persona
343	è volontà	»	e volontà
353	fideiussore	»	fideiussione
360	derimerli	»	derimerlo
362	studio	»	stadio
390	dopo il N.º 376	»	SEZIONE I della pruo- va per iscritto
391	leggi senza la linea di divisione tra il testo e l'articolo		
394	da altro	»	di altro
»	efetto	»	effetto





